This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 943 814
HD

3d. Mar. 1924

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 25 1922

Angela

Rechtsgeschäfte

der

wirthschaftlichen Organisation.

———•———

Von

Dr. Emil Steinbach.

Wien, 1897.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- u. Univ.-Buchhandlung.

I. Kohlmarkt 20.

MAY 25 1922
~~JUN 7 1922~~

Rechtsgeschäfte

der

wirthschaftlichen Organisation.

Vorwort.

Der Gegenstand der folgenden Abhandlung steht in einem sehr nahen Zusammenhange mit dem am 11. März 1896 in der Wiener juristischen Gesellschaft von mir gehaltenen, und unter dem Titel: „Erwerb und Beruf" veröffentlichten Vortrage. Meine gegenwärtigen Ausführungen ergänzen den Gegenstand dieses Vortrages nach einer sehr wesentlichen, damals fast unausgeführt gebliebenen, nämlich nach der juristischen Seite hin und beschäftigen sich daher auch mit hieher gehörigen actuellen Fragen der Gesetzgebung. Ich habe es jedoch nicht für zweckdienlich gehalten, den Inhalt meines genannten Vortrages hier wieder vollständig zu reproduciren, sondern habe mich damit begnügt, das zum Verständnisse meines Gedankenganges Erforderliche aus jenem Vortrage kurz anzuführen und erlaube mir im Übrigen auf meine damaligen Ausführungen mich zu berufen.

Für meine verehrten österreichischen Leser möchte ich noch ein Wort beifügen. Wie alle meine früheren Publicationen nimmt auch die gegenwärtige Abhandlung nach keiner Richtung hin den Standpunkt irgend einer politischen oder socialen Partei ein. Würde also, wie ich es schon zu wiederholten Malen erfahren habe, wieder darnach gefragt, im Interesse welcher Partei diese Abhandlung geschrieben sei oder welche Parteizwecke dieselbe verfolge, so müsste schon dieser Standpunkt des Fragers allein eine ganz unrichtige Beurtheilung meiner Ausführungen zur Folge haben. Mein Bestreben war allein

darauf gerichtet, allgemein bekannte Erscheinungen des Rechtslebens auf ihre Ursache zu untersuchen, ihren Zusammenhang darzuthun und auf dieser Grundlage einiges über ihre voraussichtliche weitere Entwicklung beizufügen — also auf eine völlig objektive, auf gewöhnlichen wissenschaftlichen Grundsätzen beruhende Arbeit. Dabei kann ich natürlich geirrt haben und ich werde mich sehr freuen, vom wissenschaftlichen Standpunkte beachtet, bekämpft, vielleicht auch widerlegt zu werden. Aber ich könnte es nicht als eine Widerlegung ansehen, wenn vom Standpunkte einer bestimmten Partei, mit deren Überzeugungen eines oder das andere der gewonnenen Resultate nicht übereinstimmt, — was sehr leicht der Fall sein kann, da ich doch zum Theile von sehr actuellen Fragen des wirthschaftlichen Lebens und der Gesetzgebung zu sprechen veranlasst bin — gegen meine Ausführungen Widerspruch erhoben wird. Beurtheilung neu auftauchender Fragen des Lebens auf Grund einer bestimmten politischen Überzeugung einerseits — und objektive, ich möchte fast sagen, naturwissenschaftliche Untersuchung solcher Fragen anderseits sind eben völlig verschiedene Dinge; auf dem einen Wege trachtet man nach Widerspruchslosigkeit der Anschauungen im Subjekte, nach einheitlicher Ausgestaltung einer principiellen politischen Auffassung, auf dem anderen nach der Erreichung objektiver Wahrheit. Beide Bestrebungen haben sicherlich ihre Berechtigung, aber mit einander vertragen sie sich nur schwer und das ist bei ihren völlig verschiedenen Zielen gewiss auch erklärlich.

Wien, am 1. März 1897.

Der Verfasser.

Inhalt.

	Seite
I. Begriff	1
II. Verbot der Verfolgung des eigenen Vortheils	15
III. Verpflichtung zum Ersatze von Auslagen und Schäden	43
IV. Beschränkung der Haftung auf diligentia in concreto	54
V. Zusammenfassung	81
VI. Actuelle Fragen	106
a. Das Selbsteintrittsrecht des Commissionärs	107
b. Die Strafbarkeit des Arbeitsvertragsbruches	118
c. Die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses	133
d. Die Concurrenzclauseln	141
e. Die Cartelle	156

I. Begriff.

Die gegenwärtige Wirthschaftsordnung steht unter dem Zeichen des Vertrages. Erst kürzlich habe ich mir erlaubt, darauf hinzuweisen[1]), dass die wirthschaftliche Thätigkeit massgebender grosser Stände, namentlich des Handelsstandes in der Hauptsache nur aus dem Abschlusse von Verträgen und der Erfüllung der vertragsmässig vereinbarten Leistungen besteht, und dass auch bei den anderen grossen Zweigen der eigentlichen wirthschaftlichen Thätigkeit, beim Gewerbe und selbst bei der Urproduction die Häufigkeit und die Bedeutung des Abschlusses von Verträgen beim Bestande der gegenwärtigen Wirthschaftsordnung immer mehr wächst und immer ausschlaggebender wird für den schliesslichen Erfolg der gesammten wirthschaftlichen Thätigkeit des Individuums.

Die Verträge, von welchen hier die Rede ist, sind selbstverständlich die entgeltlichen Verträge des wirthschaftlichen Verkehrs. In seinem grossen, leider unvollendet gebliebenen Werke über den Zweck im Rechte hebt Ihering[2]) zutreffend hervor, dass wenn

---

[1]) Steinbach, Erwerb und Beruf. S. 11.

[2]) Ihering, Der Zweck im Rechte. 2. Aufl. I. Bd. S. 100 ff.

darnach gefragt würde, wie weit sich der juristische Spielraum des Wohlwollens erstrecke, geantwortet werden müsste: „ganz so weit wie der des Egoismus, denn das Schema der unentgeltlichen (liberalen, Gefälligkeits-, Freundschafts-,) Verträge enthält ein vollständig congruentes Seitenstück zu dem der entgeltlichen (egoistischen, Geschäfts-) Verträge". Das gelte ebenso von der Überlassung einer Sache, wie von der Überlassung der Benützung einer Sache oder eines Kapitals, und von der Leistung von Arbeiten oder Diensten. Aber ebenso richtig weist Ihering darauf hin, dass sich auf das Motiv des Wohlwollens das System des Verkehrs selbstverständlich nicht bauen lasse und dass daraus, dass auch das Wohlwollen auf dem Gebiete des Rechts zur Erscheinung gelangt und der rechtlichen Gestaltung theilhaftig wird, sich noch keineswegs ergibt, dass es für den Verkehrszweck eine nennenswerthe praktische Bedeutung hat.

Durch diese Gegenüberstellung wird die Reihe der im wirthschaftlichen Leben vorkommenden Verträge nicht erschöpft. Nicht alle diese Verträge haben die entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung von Sachen oder ihrer Benützung, oder die Leistung von Arbeiten und Diensten zum Gegenstande; sie lassen sich nicht insgesammt unter die beiden grossen Kategorien von Tausch und Schenkung, entgeltlicher und unentgeltlicher Zuwendung von Gütern subsumiren. Es kommen im wirthschaftlichen Leben auch Verträge vor, welche einen hievon völlig verschiedenen Zweck verfolgen. Ihr Inhalt ist nicht die Überlassung wirthschaftlicher Güter, sondern die Schaffung oder Ergänzung des Subjectes der Wirthschaft.

Unter diesen Gesichtspunkt fällt vor Allem die Societas im weitesten Sinne. Der Gesellschaftsvertrag des Civilrechts ist gerichtet auf die Vereinigung von Leistungen Zweier oder Mehrerer im gemeinschaftlichen Interesse; die Leistung einer jeden der vertragschliessenden Parteien soll — wie Windscheid bemerkt[1]) — nicht dem einen oder dem anderen ausschliesslich zu Gute kommen, sondern es soll durch die Zusammenwirkung der Leistung Aller ein Erfolg erzielt werden, welcher Allen zu Gute kommt. Es hat schon Kuntze[2]) die Ansicht ausgesprochen, dass die Gesellschaftsobligationen nicht zu den gegenseitigen Obligationen gezählt werden dürfen, weil bei ihnen nicht die beiderseitigen Leistungen als Äquivalentswerthe einander selbstständig gegenübertreten, sondern beide zu einem gemeinsamen Erfolge zusammenwirken sollen, welcher dann den Parteien je nach der statuirten Gesellschaftsproportion zu Gute kommt. Die Empfindung Kuntze's war meines Erachtens richtig, wenn er derselben vielleicht auch nicht den vollkommen zutreffenden Ausdruck verlieh. Der Zweck des Gesellschaftsvertrages ist nicht Austausch von Güteräquivalenten, sondern Organisation der Wirthschaft selbst, des wirthschaftenden Subjectes. — Unter denselben Gesichtspunkt muss aber auch ausser der Societas des Civilrechtes die wirthschaftlichen Zwecken dienende Corporation gebracht werden, gleichviel ob man ihre Gründung als einen Vertrag, oder mit

---

[1]) Windscheid, Pandekten. Bd. II. §. 405.

[2]) Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. 3. Aufl. Bd. III. S. 38.

Gierke als einen einseitigen körperschaftlichen Akt einer sich constituirenden Gesammtheit ansieht, von welcher der genannte Autor sagt:[1]) „In denselben Handlungen, durch welche die Individuen ein Stück ihrer Freiheit aufgeben, vollziehen sie zugleich successiv die Setzung des Gemeinwesens, als dessen Glieder sie sich erklären.“ Für unsere Betrachtungsweise kommt dieser Gegensatz der Meinungen nicht weiter in Betracht, und auch nicht der Umstand, dass im neueren Recht — man denke nur an die verschiedenen Meinungen über die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaften, der Commandit- und der Actiengesellschaften — die Grenze zwischen Societas und Corporation eine sehr flüssige und schwankende geworden ist; — für uns genügt die Erkenntniss, dass alle diese Rechtshandlungen in erster Linie den Zweck wirthschaftlicher Organisation verfolgen.

Ferner gehört hieher das Mandat, und zwar insofern das aufgetragene Geschäft in Stellvertretung des Auftraggebers verrichtet werden soll, also zugleich eine Vertretung des Mandanten enthält. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese letztere Beschränkung nicht zum Wesen des Mandats selbst gehört und ausserhalb derselben ein Mandat im technischen Sinne überhaupt nicht existirt, wie sowohl für das gemeine, als auch für das österreichische und preussische Recht vielfach behauptet wird[2]). Ebenso ist es für die gegenwärtige

[1]) Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. S. 132.

[2]) Keller, Pandekten, §. 313; Arndts, Pandekten, §. 291; Puchta, Pandekten, §. 323; Krainz-Pfaff, Allg. österr. Privat-

Untersuchung nicht entscheidend, ob man in der Annahme eines Auftrags, wie es §. 662 des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich thut, nur die Übernahme der Verpflichtung Seitens des Beauftragten, ein ihm von den Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen erblickt, oder ob man, wie es im §. 586 des ersten Entwurfes dieses Gesetzbuches der Fall war, sich dahin ausspricht, dass der Auftraggeber sich verpflichten könne, für die Ausführung des Auftrages dem Beauftragten eine Vergütung zu gewähren, und eine solche als stillschweigend vereinbart anzusehen sein soll, wenn die Ausführung des Auftrages nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Die Änderung erfolgte, wie Greiff berichtet[1]), in Gemässheit des entsprechenden Beschlusses der Commission, die Begriffe des Dienst- und des Werkvertrages dadurch zu erweitern, dass das im Entwurfe als entgeltlicher Auftrag behandelte Rechtsverhältniss den Bestimmungen des Titels über den Dienst- und Werkvertrag unterstellt, die Vorschriften des Titels über den Auftrag mithin auf den unentgeltlichen Auftrag beschränkt werden sollen, wobei die Erwägung mass-

---

recht. II. Aufl. Bd. II. §. 382 in Übereinstimmung mit der grossen Mehrzahl der österr. Autoren mit Ausnahme von Unger, welcher auch gewöhnliche Arbeiten als mögliche Gegenstände des Mandats erklärt (System des österr. allg. Privatrechts, Bd. II. S. 139 N. 40); Koch, Recht der Forderungen, Bd. III. S. 530; Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts, Bd. II. §. 180.

[1]) Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik. III. Folge. Bd. 4. S. 568.

gebend war, dass man nun auf diese Weise zu einer klaren Begrenzung des Auftragsbegriffs gelange. Es ist nicht die Aufgabe dieser Ausführungen, zu untersuchen, ob das erwünschte Ziel auf diesem Wege erreicht werden wird. Wird aber angenommen, dass das Mandat auch gewöhnliche, eine Vertretung des Auftraggebers nicht enthaltende Dienste und Arbeiten zum Gegenstande haben könne, so handelt es sich bei solchen, eine Vertretung nicht enthaltenden Aufträgen in der That nur um die — unentgeltliche, beziehungsweise auch entgeltliche — Leistung von Arbeiten oder Diensten des einen Contrahenten, des Beauftragten, für den anderen, den Auftraggeber, also um Vertragsformen, welche sich in die Eingangs erwähnten Gruppen der entgeltlichen, beziehungsweise unentgeltlichen Verträge ganz anstandslos und ohne jeden Zwang einfügen lassen.

In Betreff des eigentlichen, eine Stellvertretung des Auftraggebers enthaltenden Mandats hingegen trifft diese Voraussetzung durchaus nicht zu. Dabei kann auch die in neuerer Zeit mehrfach ventilirte Frage, ob der Vollmacht der Charakter eines Vertrages oder einer einseitigen Willenserklärung zukomme[1]), als für unsere Erörterung unentscheidend ausser Betracht bleiben, da bei der einen, wie bei der anderen Auffassung von Vorneherein klar ist, dass es sich bei der Bevollmächtigung nicht um einen Austausch von Gütern, sondern

[1]) Für die Vertragsnatur der Vollmacht Laband in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 10. S. 208; dagegen Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften, S. 109 fg.; Mitteis, Lehre von der Stellvertretung, S. 185 fg.

um eine Ergänzung der Persönlichkeit handelt, welchen Charakter aber auch das eine Stellvertretung enthaltende Mandat in erster Linie an sich trägt. — Eine Analogie des Mandats in diesem letzteren Sinne bildet und ist daher hier gleichfalls anzuführen, die sogenannte stellvertretende *negotiorum gestio*, also die freiwillige Besorgung fremder Angelegenheiten, soweit dieselbe darauf gerichtet ist, den *dominus negotii* zu vertreten, seine Persönlichkeit zu ergänzen, nicht aber insoweit ihr Inhalt nur darin besteht, im Interesse des *dominus* unentgeltlich Dienste oder Arbeiten zu verrichten. In letzterer Beziehung gehört die *negotiorum gestio* unter die Kategorie der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte.

Aus demselben Gesichtspunkte sind ferner hier anzuführen eine Reihe von Rechtsverhältnissen, welche nicht auf Verträgen im eigentlichen Sinne des Wortes beruhen, sondern von dem gemeinen Rechte zu den sogenannten Quasicontracten gezählt werden, welche aber offenbar gleichfalls organisatorische Zwecke auf dem Gebiete der Wirthschaft und zwar in der Richtung verfolgen, dass durch dieselben für solche Personen, welche aus gewissen Gründen hiezu unfähig sind, oder für bestimmte durch ein hiezu gewidmetes Vermögen zu realisirende wirtschaftliche Interessen eine Vertretung geschaffen wird. Hieher gehören die verschiedenen Arten der Vormundschaft, also über Unerwachsene und Ungeborene, über Wahnsinnige und Geistesschwache, über Sträflinge, Verschwender, Kranke, Gebrechliche und Altersschwache, Taube und Stumme; ferner die verschiedenen Arten der Güterpflege, also

für das Vermögen abwesender und unbekannter Personen mit Inbegriff der in mehreren Gesetzgebungen, und auch bei uns getroffenen Vorsorge für die Vertretung der Gesammtheit der Besitzer gewisser Werthpapiere, ferner für Erbschaften und für ein in Zwangsverwaltung gezogenes oder im Concurs befindliches Vermögen. Es gehören weiters hieher die Vorschriften über die Vertretung der Ehegattin und der Kinder und über die Verwaltung ihres Vermögens durch den Gatten, beziehungsweise den Vater. Endlich sind hieher zu zählen die gesetzlichen oder verfassungsmässigen, vielfach aber auch auf Verträgen beruhenden Einrichtungen über die Vertretung und Vermögensverwaltung der verschiedenen Arten juristischer Personen.

Schliesslich glaube ich unter dem Gesichtspunkte der wirthschaftlichen Organisation hier noch den Vertrag des Beamten mit seinem Dienstherrn anführen zu müssen u. zw. in jener Ausdehnung und jenem Sinne, wie ich denselben in meinem Vortrage über „Erwerb und Beruf" im Anschlusse an Laband charakterisirt habe. Der genannte Autor sagt über das Dienstverhältniss der Staatsbeamten:[1]) „Es setzt voraus die Begründung durch einen Vertrag, d. h. durch einen speciellen Consens für jeden einzelnen Fall. Der Staat muss den Willen erklären, die individuell bestimmte Person in seinen Dienst zu nehmen und der Beamte muss einwilligen, in diesen Dienst zu treten. Aber dieser Vertrag ist kein Contract des Obligationenrechts,

---

[1]) Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs. 2. Aufl. Bd. I. S. 408 fg.

sondern er begründet ein Gewaltverhältniss des Staates, eine besondere Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht des Beamten, andererseits eine Pflicht des Staates zum Schutze und zur Gewährung des zugesicherten Diensteinkommens..... Eine Verletzung der Dienstpflicht Seitens des Beamten ist kein Contractsbruch, sondern ein Vergehen (Dienstvergehen) entsprechend der Felonie des Lehensmannes. Die Erfüllung der Beamtenpflichten ist nicht Contractserfüllung, sondern Erfüllung der übernommenen Treue- und Gehorsamspflicht."

Ich habe an derselben Stelle des Näheren ausgeführt, dass diese juristische Stellung nicht eine Specialität des Staatsbeamtendienstes bildet, dass vielmehr ganz ähnliche Verhältnisse nicht bloss in Betreff der Beamten aller grösseren öffentlichen Corporationen, namentlich der Länder und der grösseren Gemeinden, sondern auch in Betreff der Offiziere, der Priester und der öffentlichen Lehrer bestehen, dass es ferner ganz unrichtig wäre, wenn man glauben wollte, das Beamtenverhältniss komme nur dort vor, wo es sich darum handelt, Geschäfte zu besorgen, welchen, wenn auch im weitesten Sinne, gewissermassen ein obrigkeitlicher oder doch zum mindesten ein nach unseren Begriffen irgendwie social höherstehender Charakter zukommt, dass vielmehr die heutige Entwicklung des Staats-, Landes- und Gemeindebeamtenthums zeige, dass von solchen Beamten in sehr vielen Fällen auch Geschäfte rein wirthschaftlicher Art, und zwar häufig ganz ausschliesslich besorgt werden, und dass den in ganz analogen Rechtsverhältnissen stehenden als „Diener" be-

zeichneten Staatsbediensteten auch sehr niedrig stehende Functionen obliegen. Ich habe endlich auf das Eindringen und die stets zunehmende Ausbreitung dieses Rechtsverhältnisses auch ausserhalb der Sphäre der grossen öffentlichen Corporationen, namentlich bei den Beamtenkörpern grosser Privatunternehmungen hingewiesen und schliesslich hervorgehoben, dass auch in der Arbeiterschaft staatlicher und privater grosser Unternehmungen analoge Organisationen mit den dadurch bedingten Rechtsverhältnissen vielfach eingeführt wurden.

Betrachtet man diesen Vertrag — man könnte ihn mit Rücksicht auf die Zweckmässigkeit einer kurzen Bezeichnung vielleicht Beamtenvertrag nennen — vom Standpunkte der herkömmlichen juristischen Begriffe, so könnte man ihn auf den ersten Blick für einen gewöhnlichen entgeltlichen Vertrag, etwa für eine *locatio conductio operarum* halten. Diese und noch manche andere civilistische Constructionen — als Precarium, als Mandat, als Innominatvertrag — wurden auch in der älteren staatsrechtlichen Literatur vertreten, längst aber als völlig unzutreffend verlassen.[1]) Bei Windscheid[2]) finden wir das Amt, jedoch nur ganz beiläufig und ohne nähere Begründung, unter den Quasicontracten angeführt. In der neueren staatsrechtlichen Literatur[3]) ist aber — meines Erachtens mit vollem

[1]) Laband a. a. O. S. 412 und die daselbst angeführten zahlreichen Autoren.

[2]) Windscheid a. a. O. §. 448.

[3]) Laband a. a. O., Rosin in Hirth's Annalen 1883 S. 299 fg. Rehm ebendaselbst 1885, S. 146 fg.

Rechte — die Ansicht herrschend geworden, dass speciell der Staatsdienst zu jenen Rechtsverhältnissen gehöre, welche einerseits durch freie Willensübereinstimmung, also durch Vertrag begründet werden, andererseits aber ihrem Inhalte nach auch ein Gewaltverhältniss enthalten, in welchen also ein gesetzlich normirtes Gewaltrecht und ein vertragsmässiges Forderungsrecht mit einander vereinigt sind. Dergleichen Vereinigungen kommen im Rechte auch sonst vor, so namentlich in der Ehe, welche durch Vertrag begründet, theils Gewalt-, theils Forderungsverhältniss ist, in dem Verhältnisse des minderjährigen Adoptivkindes, dann aber auch im Dienstverhältnisse, namentlich in seiner früheren Gestaltung, wovon sich übrigens einzelne Elemente auch in der neueren Gesetzgebung bisher erhalten haben, in den früher bestandenen Formen der bäuerlichen Unterthänigkeit und des Verhältnisses der gewerblichen Hilfsarbeiter zu ihrem Arbeitgeber (des Gesellen zum Meister), wobei zu bemerken ist, dass das Lehrlingsverhältniss, wie es in den geltenden Gewerbeordnungen geregelt ist, auch derzeit noch den Fall einer solchen Vereinigung von Gewaltrechten und Forderungsrechten in demselben Rechtsverhältnisse enthält, endlich auch im Lehensverhältnisse, auf dessen diessfällige Analogie mit dem Staatsbeamtenverhältniss die früher angeführten Autoren ausdrücklich hinweisen.

Typisch für das Beamtendienstverhältniss in seinem Gegensatze zu der *locatio conductio operarum* ist vor Allem das Hervortreten der Amtspflicht. Das Beamtenverhältniss ist in erster Linie ein Pflichtenverhältniss.

Ungleich der privatrechtlichen Arbeitsverpflichtung aus der *locatio conductio* ist, wie Laband hervorhebt[1]) die Pflicht zur gewissenhaften Amtsführung, welche sich als eine Pflicht zur Arbeitsleistung darstellt, nicht fixirt, sondern bestimmt sich quantitativ nach dem wechselnden Geschäftsumfange des Amtes, qualitativ durch die dem Beamten obliegende Treueverpflichtung, welche von ihm die Aufwendung des grössten Fleisses, der grössten Sorgfalt, die Anspannung aller Kräfte erfordert. Der Beamte ist also zu unbestimmten und ungemessenen Leistungen verpflichtet und es ist in dieser Beziehung zutreffend, dass, wie schon Schmitthenner[2]) ausführt, es als ein besonderes Merkmal des Gewaltverhältnisses im Gegensatz zum obligatorischen Verhältnisse sich darstellt, dass der Unterworfene nicht zu einzelnen bestimmten Leistungen, sondern zur Hingabe seiner ganzen Persönlichkeit verpflichtet ist. Ihre entsprechende Ergänzung findet diese Seite des Beamtendienstverhältnisses in dem Rechte des Dienstherrn, die Erfüllung der Dienstpflichten im Disciplinarwege selbst zu erzwingen. Die Disciplinarfolgen der Pflichtverletzung beruhen nach der gegenwärtig herrschenden Ansicht auch bei den Staatsbeamten nicht auf der öffentlichen Strafgewalt des Staates, sondern auf der Dienstherrlichkeit, auf dem Gewaltverhältnisse zwischen Staat und Staatsdiener; „die Disciplinarstrafen sind keine Strafen im Sinne des Strafrechts, sondern Mittel zur Erhaltung der Zucht und Ordnung innerhalb des Dienst-

---

[1]) Laband a. a. O. S. 436.

[2]) Grundlinien des allgemeinen Staatsrechts. S. 278.

verhältnisses und zur Sicherung der Erfüllung der Dienstpflichten“ [1]). — Aber auch von der anderen Seite, nämlich in Betreff des Rechtes auf den Gehaltsbezug wird der Gegensatz zum Lohnvertrag von Laband [2]) zunächst für den Staatsdienst mit grosser Schärfe und Präcision in nachstehender Weise charakterisirt: „Da die Beamten gewöhnlich ihre ganze Lebensthätigkeit dem Dienste widmen, daher neben dem Staatsdienst keinen Erwerbsberuf haben können, so übernimmt der Staat regelmässig die Verpflichtung, sie standesmässig zu unterhalten. Für den Begriff des Staatsdienerverhältnisses ist dies zwar nicht wesentlich, es gibt auch unbesoldete Staatsbeamte; die überwiegende Mehrzahl derselben erhält jedoch eine Besoldung. Es bedarf gegenwärtig keiner Ausführung mehr, dass die Besoldung keine Lohnzahlung ist, wie sie der Dienstmiethe entspricht; die Besoldung ist vielmehr eine mit der Verwaltung eines Amtes verbundene Rente, mittelst deren der Staat den Beamten alimentiert. Die Höhe dieser Rente bestimmt sich nicht nach dem Maasse oder der Schwierigkeit der Arbeit, und ist nicht nach dem Umfange der Geschäfte wechselnd, sondern sie bestimmt sich theils nach der socialen Stellung, welche der Träger eines Amtes einnimmt, theils nach dem Gesichtspunkt, ob das Amt den Lebensberuf desselben erfüllt oder nur ein sogenanntes Nebenamt ist, welches noch für eine andere Erwerbsthätigkeit neben sich Raum lässt. Mit der bloss negativen Bemerkung aber,

---

[1]) Laband a. a. O. S. 463.
[2]) Laband a. a. O. S. 477.

dass die Besoldung keine Lohnzahlung sei, wird der juristische Charakter derselben ebensowenig bestimmt, wie mit der Angabe, dass sie auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhe; vielmehr ist charakteristisch für sie, dass sie eine standesgemässe Alimentirung des Beamten ist."

Die analoge Anwendung dieser Ausführungen auf andere, als staatliche Beamtenorganisationen, sofern es nur wirkliche Beamtenorganisationen sind, sowie auf die Berufe der Offiziere, Priester und öffentlichen Lehrer ergibt sich von selbst.

Betrachtet man nun das besprochene Verhältniss in seiner Gesammtheit, so wird wohl nicht daran gezweifelt werden können, dass der Inhalt des durch den Beamtenvertrag begründeten Rechtsverhältnisses in der Hauptsache nicht als eine Leistung von Diensten oder Arbeiten gegen Geld charakterisirt werden könne. Der Zweck dieses Vertrages ist nicht Austausch wirthschaftlicher Güter, sondern Schaffung eines Organismus zur besseren Verrichtung gewisser dem Dienstherrn — sei diess nun der Staat oder eine andere physische oder juristische Person — nach seiner Aufgabe oder Beschäftigung obliegenden Leistungen, also in der That eine Ergänzung des Dienstherrn durch andere zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben bestimmte Organe[1]).

---

[1]) Es ist selbstverständlich, dass hier nur das durch den Anstellungsvertrag begründete Dienstverhältniss des Beamten in Betracht kommt. Die Verwaltung des Amtes selbst ist hievon genau zu unterscheiden. Sie gehört beim Staatsdienste regelmässig nicht zu den Rechten des Beamten

II. Verbot der Verfolgung des eigenen Vortheils.

Nachdem ich den Complex der Rechtsgeschäfte, welche die wirthschaftliche Organisation bezwecken, kurz zu skizziren versucht habe, wende ich mich zu meiner dermaligen Hauptaufgabe, nämlich zur Untersuchung der Frage, ob und in welchem Umfange im geltenden und sich fortbildenden, im lebendigen Rechte sich Momente auffinden lassen, durch deren Auftreten, sowie durch deren Wesen die früher angeführten, ihrer Natur nach anscheinend so disparaten Rechtsverhältnisse als nach der früher bezeichneten Richtung zusammengehörig und analoge Zwecke verfolgend, sich erweisen.

Ich habe am Eingange meines öfter citirten Vertrages auf den allgemein anerkannten Grundsatz des Civilrechtes verwiesen, dass in den gewöhnlichen Verträgen des täglichen Verkehrs, also namentlich in den auf den gegenseitigen Austausch wirthschaftlicher Güter gerichteten Verträgen im Allgemeinen jedermann berechtigt ist, seinen Vortheil zu verfolgen, auch wenn diess auf Kosten des andern Vertragstheiles geschieht. Schon Ulpian berichtet uns in l. 16 §. 4 D. IV. 4:

---

und kann demselben daher — mit Ausnahme anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen, wie solche für die richterlichen Beamten bestehen — jederzeit entzogen werden. Durch die Entziehung der Führung des Amtes findet aber nicht zugleich das Beamtendienstverhältniss sein Ende, was aus dem — wenn auch in Betreff des Staatsdienstes gesetzlich modificirten — Fortbestande des bisherigen Anspruches auf Alimentation und gewisser Standespflichten sich ergibt.

Idem Pomponius ait in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Und Paulus ergänzt in l. 22 §. 3 D. XIX. 2 diesen Ausspruch in folgender Weise: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus et conductionibus juris est.*

Schon bei jener Gelegenheit habe ich aber auch hervorgehoben, dass diese Grundsätze durchaus nicht für alle Verträge des Civilrechts gelten. „Wo ein Vertrauensverhältniss die Grundlage des Vertrages bildet, wie beispielsweise beim Mandat oder namentlich bei der Societas, da erkennt auch das Civilrecht schon in der Verfolgung des eigenen Vortheils auf Kosten des Mitcontrahenten eine wirkliche Verletzung der Vertragspflicht, welche mit schweren Folgen bedroht wird; aber bei den entgeltlichen Verträgen des gewöhnlichen Verkehrs, bei der *emtio venditio* und der *locatio conductio*, unter welche letztere auch der Lohnvertrag, also das ganze Gebiet des Arbeitsrechtes fällt, da beginnt die Verletzung der vertragsmässigen Verpflichtungen erst mit der bewussten Entstellung der Wahrheit thatsächlicher Umstände oder durch arglistiges Schweigen. Die Verfolgung des eigenen Vortheils durch das Streben nach Erlangung eines höheren oder Leistung eines geringeren Entgelts, als nach den Verhältnissen gerechtfertigt erscheint, begründet auf diesem Gebiete, gerade so wie beim verzinslichen Darlehen, an sich betrachtet, noch keine Verletzung der Vertragspflicht. „*Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate*

pretii aestimatur" bemerken die Imperatoren Diocletian und Maximian in c. 10 C. IV. 44"[1]).

Wie die freie Concurrenz sich nicht als genügende Schranke der durch diesen principiellen Standpunkt des Civilrechtes ermöglichten weitgehenden wirthschaftlichen Ausbeutung des einen Vertragstheiles durch den anderen erwies und zu welchen Massregeln in Folge dieser Erkenntniss die moderne Gesetzgebung sich veranlasst sah und noch gegenwärtig veranlasst sieht, worüber ich mich gleichfalls an der mehr erwähnten Stelle des Näheren ausgesprochen habe, das berührt uns hier nicht weiter. Nur um zu zeigen, wie die betreffende Gesetzgebung aus dem Stadium der legislativen von Fall zu Fall zu ergreifenden Massregeln, der sogenannten Gelegenheitsgesetze, allmählich gleichfalls zu principiellen Anschauungen gelangt, möchte ich mir erlauben, auf den §. 138 Abs. 2 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zu verweisen, welcher lautet: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvortheile versprechen oder gewähren lässt, welche den Werth der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvortheile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen." In ähnlich allgemeiner Weise lautet Art. 80 Abs. 1 des von Stooss ausgearbeiteten Vorentwurfes eines schweizerischen Strafgesetzbuches über den Wucher: „Wer die Noth-

[1]) Steinbach a. a. O. S. 2 ff.

lage, den Unverstand, die Charakterschwäche, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit einer Person planmässig benützt, um sich übermässige Vortheile von ihr versprechen oder gewähren zu lassen, welche mit seiner Leistung in keinem Verhältnisse stehen, wird mit Geldstrafe bis zu 30 000 Franken oder mit Zuchthaus bestraft. Die Geldstrafe soll mindestens das Zehnfache des übermässigen Vortheils betragen.“ An beiden Stellen findet eine Beschränkung des Ausbeutungsverbotes auf bestimmte Arten von Geschäften nicht mehr statt; der Wucher hat auf dem ganzen Gebiete der entgeltlichen Rechtsgeschäfte die Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge, beziehungsweise wird derselbe mit Strafe bedroht.

Wie schon früher bemerkt, ist aber bei manchen Verträgen des Civilrechts die Verfolgung des eigenen Vortheils auf Kosten des Mitcontrahenten überhaupt und in jedem Umfange als der Natur des betreffenden Vertrages widersprechend von Vornherein ausgeschlossen und mit diesen Verträgen, beziehungsweise Quasicontracten will ich mich nunmehr zunächst beschäftigen.

Was zunächst die *societas* betrifft, so ist es wohl allerorten, wie auch schon im gemeinen Rechte[1]) ein anerkannter Grundsatz, dass der Gesellschafter herausgeben muss, was er für die Gesellschaft oder aus Gesellschaftsvermögen erworben hat. So bestimmt beispielsweise Art. 529 des schweizerischen Gesetzes über das Obligationenrecht: „Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Ge-

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. II. §. 406.

sellschaft zukommt, mit den anderen Gesellschaftern zu theilen.“ Und in Betreff der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmt Art. 540 desselben Gesetzes, sowie §. 713 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, dass ihre Rechte und Verpflichtungen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften bestimmen. In letzterer Hinsicht enthält aber Art. 398 des schweizerischen Gesetzes, ebenso wie §. 667 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches die Vorschrift, dass der Beauftragte verpflichtet ist, Alles was ihm in Folge seiner Geschäftsführung aus irgend einem Grunde zugekommen ist, herauszugeben. Auf demselben Standpunkte befindet sich auch §. 1190 des österr. bürgerlichen Gesetzbuches. Es geht eben durchaus nicht an und widerspricht dem innersten Wesen der Gesellschaft, dass auf dem Gebiete, welches derselben vorbehalten ist, einer der Gesellschafter zum Nachtheile der Mitgesellschafter seinen Privatvortheil verfolgt. In diesem Sinne ist es vollständig gerechtfertigt, wenn der Art. 536 des schweizerischen Gesetzes in Übereinstimmung mit §. 1370 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt, dass kein Gesellschafter zu seinem besonderen Vortheile Geschäfte betreiben darf, durch welche der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt wird. Und ebenso ist es gewiss in Übereinstimmung mit dem Wesen der Societät, wenn Art. 125 des deutschen Handelsgesetzbuches als einen jener Gründe, wegen welcher die Auflösung der Gesellschaft vorzeitig gefordert werden kann, den Fall anführt, wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt. Die Gesellschaft beruht in ihrem Verhältnisse

nach Innen auf Treu und Glauben; wo diese Voraussetzung entfallen ist, da ist die nothwendigste Voraussetzung für den gedeihlichen Fortbestand der Gesellschaft entfallen.

Zu ganz ähnlichen Resultaten gelangen wir in Betreff des Mandats. Was dem Beauftragten zum Zweck der Ausführung des Auftrages übergeben worden ist, muss er nach Beendigung des Auftrages, insoweit er es nicht dem Auftrage gemäss verbraucht hat, zurückerstatten; ebenso muss er herausgeben, was auf Grund der Ausführung des Auftrages in seine Hände gelangt ist.[1]) Mit grösster Präcision sagt Paulus in l. 20 pr. D. XVII. 1: *Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere potest.* Dass auch die neueren Gesetzbücher ausnahmslos, und ohne Rücksicht auf die früher erwähnten theoretischen Meinungsverschiedenheiten in Betreff des Umfanges des Auftrages, auf demselben Standpunkt sich befinden, ergibt sich aus den bereits früher angeführten Vorschriften des schweizerischen Gesetzes über das Obligationenrecht und des deutschen, sowie aus §. 1009 des österr. bürgerlichen Gesetzbuches („der Gewalthaber ist verpflichtet . . . . . allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen"), aus dem preussischen Landrechte (Theil I, Tit. 13 §§. 62, 63), aus §. 1310 des sächs. bürgerl. Gesetzbuches, aus Art. 1983 des Code civil („*Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procura-*

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. II. §. 410.

tion, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant"), welchen noch zahlreiche andere Beispiele angereiht werden könnten. Von besonderer Strenge in dieser Hinsicht ist der §. 1013 des österr. bürgerl. Gesetzbuches, wonach dem Gewalthaber nicht erlaubt ist, ohne Willen des Machtgebers in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung von einem Dritten ein Geschenk anzunehmen und das erhaltene zur Armencasse eingezogen wird.

Analoge Rechtsgrundsätze bestehen in Betreff der *negotiorum gestio.* Windscheid[1]) concretirt dieselben in nachstehender Weise: „Der Geschäftsführer ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn alles herauszugeben, was er auf Grund seiner Thätigkeit in Händen hat; dasjenige jedoch, was er auf Grund einer Rechtshandlung in Händen hat, welche eine Verfügung über das Vermögen des Geschäftsherrn enthält, nur dann, wenn der Geschäftsherr diese Rechtshandlung genehmigt und sie damit als auch für sich verbindlich anerkennt." Die neueren Gesetzgebungen kommen im Ganzen zu demselben Resultat. Es genügt in dieser Beziehung der beispielsweise Hinweis auf §. 681 des deutschen, §. 1039 des österr. bürgerl. Gesetzbuches, Art. 473, 474 des schweiz. Gesetzes, Theil I, Tit. 13 §. 256 des preuss. Landrechtes, Art. 1372 des Code civil.

Dass dieselben Grundsätze in verschärftem Masse auch für alle Formen der Vormundschaft und Güterpflege gelten, bedarf wohl keiner besonderen Ausführung, zumal schon Kaiser Justinian in den Institutionen

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. II. S. 430.

bemerkt:[1]) „*nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse.*“ Und Ulpian lehrt:[2]) *Officio tutoris incumbit, etiam rationes actus sui conficere et pupillo reddere; ceterum si non fecit, aut si factas non exhibet, hoc nomine judicio tutelae tenebitur.* Es ist ein unzweifelhaft in allen Legislationen anerkannter Grundsatz, dass Vormünder und Güterpfleger aus ihrer Geschäftsführung keinen Vermögensvortheil ziehen dürfen und nur in gewissen, gesetzlich bestimmten Fällen Anspruch auf ein der richterlichen Bestimmung unterliegendes Honorar haben. Manche Gesetzgebungen enthalten sogar Vorschriften zu dem Behufe, um Umgehungen dieses Grundsatzes möglichst hintanzuhalten, wie der Art. 907 des Code civil, welcher lautet: *Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur. — Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. — Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs.*

Mit der grössten Klarheit tritt derselbe Grundsatz selbstverständlich auch im Beamtenverhältniss zu Tage. Ausser den ihm nach dem Gesetze und beziehungsweise auf Grund des Anstellungsvertrages zukommenden Bezügen soll der Beamte aus der Amtsführung keinen Vermögensvortheil ziehen. Das Verbot tritt auf diesem

---

[1]) Pr. J. I. 25.
[2]) l. 1, §. 3 D. XXVII 3.

Gebiete mit besonderer Schärfe auf, was insbesondere darin zum Ausdruck gelangt, dass Übertretungen desselben in sehr zahlreichen Fällen unter die Sanktion des allgemeinen Strafrechtes gestellt, stets aber zum Mindesten disciplinarisch geahndet werden. Besonders bezeichnend sind in dieser Hinsicht die schon im römischen Rechte, namentlich in der *lex Julia repetundarum* vorkommenden, ganz allgemeinen Verbote der Geschenkgabe oder Zuwendung anderer Vortheile an Beamte — besonders bezeichnend aus dem Grunde, weil durch die Hingabe, beziehungsweise Annahme eines solchen Geschenkes noch durchaus nicht eine Verletzung der Dienstpflicht seitens des Beamten bezweckt sein muss und daher in einem solchen Vorgange eine Verletzung der Pflichten des Beamten seinem Dienstherrn gegenüber noch durchaus nicht nothwendiger Weise gelegen ist. Und dennoch liegt schon nach gemeinem deutschen Strafrechte im Allgemeinen eine Beamtenbestechung nicht bloss dann vor, wenn dem Beamten ein ungesetzlicher Vortheil zur Erlangung einer pflichtwidrigen Amtsthätigkeit gewährt wird, sondern auch in dem Falle, wenn die Zuwendung des Vortheils bloss zu dem Zwecke geschieht, um von dem Beamten eine pflichtmässige Amtshandlung zu begehren. Doch wird bei der strafbaren Bestechung vorausgesetzt, dass sie geschehe, um eine zukünftige Amtshandlung zu bewirken oder zu verhindern. Geschenke, welche der Amtshandlung erst nachfolgen, sind, selbst wenn diese pflichtwidrig zum Vortheil des Schenkenden war, nur dann als Bestechungen anzusehen, wenn sie der Beamte erwarten konnte und darnach die Handlung einrichtete.

Nur Richter dürfen nach den Reichsgesetzen keine Geschenke annehmen, „es sei vor oder nach ergangenem Urtheile“. Die Annahme eines vorher nicht versprochenen oder zu erwartenden Geschenkes ist aber wenigstens nicht Bestechung. „Dass nach niedergelegtem Amte vorher nicht bedungene Geschenke angenommen werden können, lässt sich so wenig bezweifeln, als dass, wenn lange nach dem fraglichen Falle Geschenke aus Dankbarkeit und Liebe gegeben werden, dies kein Verbrechen ist.[1])

Neuere Strafgesetze sind in dieser Richtung noch weiter gegangen und unterstellen die Geschenkannahme seitens der Beamten ganz allgemein der strafrechtlichen Sanktion. So bestimmt beispielsweise Art. 177 des Code pénal in der Fassung des Gesetzes v. 13. Mai 1863: „*Tout fonctionnaire public de l'ordre administratif ou judiciaire, tout agent ou préposé d'une administration publique qui aura agréé des offres ou promesses, ou reçu des dons ou présents, pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi, même juste, mais non sujet à salaire, sera puni de la dégradation civique et condamné à une amende double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues, sans que ladite amende puisse être inférieure à deux cents francs. — La présente disposition est applicable à tout fonctionnaire, agent ou préposé de la qualité ci-dessus exprimée, qui par offres ou promesses agréées, dons ou présents reçus, se sera abstenu de faire un acte, qui entrait dans l'ordre de ses devoirs.*“ Und §. 331 des deutschen

[1]) Buddeus in Weiske's Rechtslexikon. Bd. I. S. 240.

Reichsstrafgesetzbuches schreibt vor: „Ein Beamter, welcher für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vortheile annimmt, fordert oder sich versprechen lässt, wird mit Geldstrafe bis zu 300 Mark oder mit Gefängniss bis zu sechs Monaten bestraft.“ Gegenüber dieser letzteren, ganz allgemeinen Bestimmung bemerkt Liszt[1]) allerdings: „Das Geschenk muss Gegenleistung (Äquivalent) für die erkennbar zu bezeichnende Amtshandlung sein; wird es gegeben, um einem allgemeinen Gebrauch zu entsprechen (wie Trinkgelder, Neujahrsgeschenke), um besondere nicht in das Amt einschlagende Gefälligkeiten zu entlohnen, oder um dem Gefühle persönlicher Dankbarkeit oder Verehrung Ausdruck zu geben u. s. w., so liegt Bestechung nicht vor. Die Rechtsprechung hat hier im Einzelfall die richtige Grenze zu ziehen.“ Mit dieser Ansicht stimmt auch die deutsche Doktrin und Praxis im Wesentlichen überein, wenngleich sich nicht leugnen lässt, dass der Wortlaut des Gesetzes auch für solche, den geltenden ethischen und rechtlichen Anschauungen gewiss nicht widersprechende Beschränkungen keinen ausreichenden Anhaltspunkt zu bieten scheint.[2])

Dieselbe generalisirende Tendenz zeigt auch die neueste allgemeine Beamtenlegislation, nämlich das deutsche Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873 im §. 15 welcher lautet: „Die vom Kaiser angestellten Beamten

---

[1]) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 3. Aufl. S. 554.

[2]) Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. II. S. 1041.

dürfen Titel, Ehrenzeichen, Geschenke, Gehaltsbezüge oder Remunerationen von anderen Regenten oder Regierungen nur mit Genehmigung des Kaisers annehmen. Zur Annahme von Geschenken und Belohnungen in Bezug auf sein Amt bedarf jeder Reichsbeamte der Genehmigung der obersten Reichsbehörde."

Es ist wohl auch nicht in Abrede zu stellen, dass die angeführten gesetzlichen Bestimmungen in ihrem Inhalte mit den gegenwärtig herrschenden Rechts- und Sittenanschauungen über den Gelderwerb öffentlicher Beamter übereinstimmen. Die Anschauungen der Gegenwart sind in dieser Hinsicht erheblich strenger geworden. Das zeigt sich nicht bloss im Vergleiche mit den Erfahrungen früherer Jahrhunderte, in welchen der Erwerb grosser Vermögen, namentlich durch leitende Staatsmänner und Feldherren, gewissermassen als etwas Selbstverständliches galt und nur ganz aussergewöhnliche Habgier den Anlass zu schärferer Beurteilung bot, sondern auch in dem strengen, ja vernichtenden Urtheile der heutigen öffentlichen Meinung über einschlägige Vorkommnisse. Dass aber dieses Urtheil nicht bloss gegen die Spitzen der staatlichen Verwaltung sich kehrt, das lehrt die tägliche Erfahrung und vielleicht darf in dieser letzteren Beziehung noch auf ein charakteristisches Beispiel aus der neueren Gesetzgebung, nämlich auf §. 352 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches verwiesen werden, wonach ein Beamter, Advokat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vortheile zu erheben hat, wenn er Gebühren oder Vergütungen erhebt, von denen

er weiss, dass der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Grade verschuldet, mit Geldstrafe bis zu 300 Mark oder mit Gefängniss bis zu einem Jahre bestraft wird. Auch der Versuch wird vom Gesetze als strafbar erklärt.

Mit Rücksicht auf diesen Gang der Rechtsentwicklung ist es gewiss nicht erforderlich, erst noch des Näheren auszuführen und durch Berufung auf verschiedene Gesetzgebungen zu erhärten, wie sehr es dem Wesen des Beamtenverhältnisses widerstreitet, dass der Beamte in seiner Stellung mit Ausserachtlassung des Vortheiles des Dienstherrn oder gar zu dessen Nachtheil sich selbst vermögensrechtliche Vorteile zuwende. Diese dem Gebiete des Civilrechts sich mehr nähernde Seite des Beamtenverhältnisses gewinnt mit der neueren staatlichen Entwicklung, in welcher die den Beamten des Staats und der öffentlichen Corporationen übertragenen rein wirthschaftlichen Aufgaben in schneller Zunahme begriffen sind, stets erhöhte Bedeutung. Vielfach werden auch die hieher gehörigen Pflichtverletzungen der öffentlichen Beamten in den bezüglichen Gesetzen in sehr weitgehendem Umfange der allgemeinen strafrechtlichen Sanction unterstellt, wie z. B. im §. 101 des österr. Strafgetzbuches, im Art. 175 des Code pénal und im Art. 364 des früheren baierischen Strafgesetzbuches v. 10. Novbr. 1861.[1]) Aber auch

[1]) Dieser letztere Artikel 364 lautete ganz allgemein: „Ein Beamter, welcher seiner Dienstpflicht zuwiderhandelt, um dadurch einem Anderen Schaden zuzufügen oder sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, ist mit Gefängniss bis zu drei Monaten oder an

wo dies nicht der Fall ist, oder insoweit diese Sanction nicht zutrifft, besteht darüber kein Zweifel, dass ein solches Vorgehen öffentlicher Beamter unbedingt untersagt ist, dieselben ihrem Dienstherrn gegenüber ersatzpflichtig macht und ausserdem im Wege des Disciplinarverfahrens geahndet wird. In dieser Hinsicht gelangt also das Verbot der Verfolgung des eigenen Vortheils auf Kosten des Mitcontrahenten im Beamtenverhältnisse zu ganz besonders prägnantem Ausdrucke.

An dieser Stelle muss nun freilich darauf hingewiesen werden, dass über den Umfang des Beamtenbegriffes in den angeführten Gesetzesstellen in der Legislation und Judikatur der einzelnen Staaten mancherlei Differenzen bestehen. So definirt beispielsweise §. 101 des österr. Strafgesetzes: „Als Beamter ist derjenige anzusehen, welcher vermöge unmittelbaren oder mittelbaren öffentlichen Auftrages, mit oder ohne Beeidigung Geschäfte der Regierung zu besorgen verpflichtet ist.“ Im Deutschen Reiche ist hiefür der §. 359 des deutschen Strafgesetzbuches massgebend, wonach unter Beamten alle im Dienste des Reiches oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellten Personen ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, zu verstehen sind. Als in mittelbarem Staatsdienste angestellt sind namentlich jene Personen anzusehen, welche ihre Thätigkeit nicht dem Staate selbst, sondern einer dem Staate unter-

Geld bis zu zweihundert Gulden zu bestrafen. Mit der Gefängnissstrafe kann der Verlust des Dienstes als Strafolge verbunden werden.

geordneten, organisch in seine Verfassung eingreifenden Gemeinheit widmen, also namentlich die verwaltenden Organe der Gemeinden, Kreise und Provinzen. Zu demselben Resultate ist auch die österr. Judicatur bezüglich der Landes- und Gemeindebeamten gelangt. Desgleichen werden die Lehrer der öffentlichen Volksschulen und der höheren Unterrichtsanstalten hieher gerechnet.[1]) Sehr bezeichnend für die Anwendbarkeit der früher angeführten Bestimmungen ist ferner der §. 145 des deutschen Militärstrafgesetzbuches vom 20. Juni 1872, wonach eine Person des Soldatenstandes, welche bei einem ihr übertragenen Geschäfte der Heeres- oder Marineverwaltung eine Handlung begeht, die im Sinne der allgemeinem Strafgesetze ein Verbrechen oder Vergehen im Amte darstellt, nach den in jenen Gesetzen für Beamte gegebenen Bestimmungen zu bestrafen ist. Es gilt eben für den Soldaten- und insbesondere für den Offiziersberuf das Verbot, aus der Berufsübung ausser den vom Gesetze zugebilligten noch weitere Vermögensvortheile zu ziehen, zum Mindesten in demselben Umfange, wie beim Beamtenstande und die kirchliche Gesetzgebung, namentlich über das Verbrechen der Simonie, lässt keinen Zweifel darüber, dass auch der priesterliche Beruf unter ganz analogen Beschränkungen steht. Inwiefern diese für den eigentlichen Beamtenberuf und die ihm analog organisirten Berufe massgebenden Grundsätze aber auch vollständige oder theilweise Anwendung auf sogenannte Privat-

[1]) Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich zu §. 359.

beamte finden können oder sollten, was nach der gegenwärtigen Rechtsentwicklung noch nicht der Fall ist, darauf wird im weiteren Verfolge dieser Erörterungen noch zurückzukommen sein.

Mit Rücksicht auf die bisherigen Ausführungen darf wohl der Ausschluss der Verfolgung des eigenen Vortheils auf Kosten des Mitcontrahenten als besonderes Merkmal der in Betracht gezogenen Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation im Gegensatz zu den den Austausch äquivalenter Güter und Leistungen bezweckenden Rechtsgeschäften angesehen werden. Die genauere Einsicht in die einschlagenden gesetzlichen Vorschriften zeigt aber weiters, dass dieses Verbot — und zwar nicht bloss beim Beamtenvertrage, worauf schon früher hingedeutet wurde, sondern auch bei anderen der angeführten Rechtsgeschäfte — zum Zwecke einer Verstärkung vielfach noch mit besonderen Sanctionen ausgestattet wurde.

In dieser Beziehung berichtet uns zunächst Julian im l. 1 D. III. 2 die Worte des prätorischen Edictes: „*Infamia notatur , . . . qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine, non contrario judicio damnatus erit.* Savigny[1]) macht darauf aufmerksam, dass mit diesem Berichte ältere Quellen grösstentheils übereinstimmen, jedoch mit der Abweichung, dass sie die *depositi actio* weglassen und dagegen die *fiduciae actio* aufnehmen, welche als ein veraltetes Institut bei Justinian natürlich nicht mehr vorkommt. Er spricht die Vermuthung aus, dass in der älteren Zeit das De-

[1]) System des heutigen römischen Rechts. Bd. II. S. 176.

positum ohne *fiducia* in der That kein Grund der Infamie war, und dass man später, als die *fiducia* ausser Gebrauch kam, u. zw. schon vor Justinian, wie aus c. 10 C. IV. 34 hervorgeht, das Depositum im Allgemeinen an deren Stelle setzte. Für unsere Untersuchung ist diese letztere Frage ohne Belang. Wenn in der That in älterer Zeit die *fiducia* die Funktionen des *depositum commodatum* und *pignus* erfüllte[1]), so lag in der erwähnten Änderung eine Einschränkung der Androhung der Infamie, welche vielleicht darin ihren Grund hatte, dass die Treulosigkeit des Depositars zu besonderer Strenge herausfordert, weil er beim Geschäftsabschlusse als uneigennütziger Freund des Deponenten auftritt, der bereit ist, dem letzteren einen unentgeltlichen Dienst zu erweisen, und somit sein späteres Vorgehen in besonders auffälliger Weise gegen Treu und Glauben verstösst. Unser besonderes Interesse erregt dagegen die Androhung der Infamie in Betreff der *societas*, des *mandatum* und der *tutela*, denn diese Rechtsverhältnisse umfassen fast den ganzen Umfang der hier erörterten Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation.

In Betreff des Umfanges der in der oben angeführten Stelle des prätorischen Edictes enthaltenen Anordnung verdient zunächst §. 2. J. IV. 16 hervorgehoben zu werden, welcher lautet: *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi directis, non contrariis actionibus, pro socio, quae ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo*

[1]) Kuntze, Cursus des römischen Rechts. 2. Aufl. §. 551.

judicio damnatus ignominia notatur. Sehr zutreffend wird hier auf die besondere Stellung der *societas* und auf die ihrem Wesen entsprechende gleiche Stellung der Vertragstheile Gewicht gelegt, welche im Verhältnisse zu einander gleichmässig berechtigt und verpflichtet sind und einander als wirthschaftlich gleichstehende Vertragsparteien gegenübertreten. Die Treueverpflichtung der *socii* untereinander ist eine gegenseitige und gleichartige und daher ist auch die *actio pro socio „ab utraque parte directa“.*

Ganz anders — aber wieder höchst bezeichnend — spricht sich Ulpian in l. 6 §. 7 D. III 2 in Betreff des Mandats aus: *Contrario judicio damnatus non erit infamis; nec immerito; nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi.* Beim *judicium contrarium mandati* handelt es sich nicht um eine Treulosigkeit, sondern um Rechnungsfragen; da findet der Jurist keinen Anlass zur Verhängung infamirender Folgen. Traf diese letztere Voraussetzung nicht zu, konnte vielmehr auch dem Mandanten eine *perfidia* zum Vorwurfe gemacht werden, dann scheint auch er trotz der prätorischen Vorschrift vor der infamirenden Wirkung des Spruches nicht sicher gewesen zu sein, denn Ulpian bemerkt in l. 6 §. 5 D. III. 2 ausdrücklich: *Verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat; ut puta fidejussi pro te et solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio.*

Die Streitfrage des römischen Rechts, ob die aus den *contractus famosi* entspringenden *actiones directae*

in allen Fällen infamieren, oder nur unter der Voraussetzung eines *dolus*, welchem auch die *lata culpa* gleich gehalten wurde, oder ob endlich hier eine Mittelmeinung Platz zu greifen habe, kann als für die gegenwärtige Untersuchung belanglos ausser Betracht bleiben[1]). Aus den früher angeführten Stellen, ferner aus c. 22 C. II, 12 *(Fidem rumpens societatis cum infamiae periculo suo nomine pro socio conventus ad faciendum satis urguetur)*, sowie aus §. 6 J. I, 26 *(Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non aeque)* scheint übrigens doch so viel hervorzugehen, dass die Infamie nicht ausnahmslos in allen Fällen der *actio directa* eintreten musste, sondern dass auch in dieser Hinsicht Unterscheidungen platzgriffen.

Weit mehr Interesse bietet dagegen für uns die Art und Weise, wie Cicero über die in Rede stehende Frage sich äussert. Ich möchte mir erlauben, zwei hierauf bezügliche Stellen wegen ihres sehr charakteristischen Inhaltes hier anzuführen. In seiner Rede *pro Roscio Comoedo* c. 6 sagt dieser Autor: *Si qua enim sunt privata judicia summae existimationis et paene dicam capitis tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est, fidem frangere, quae continet vitam; et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit; et socium fallere, qui se in negotio conjunxit.* Und in Betreff des Mandats führt Cicero in der Rede *pro Sexto Roscio Amerino* c. 38 aus: *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset, sui quaestus aut commodi causa, verum*

[1]) Siehe hierüber Savigny a. a. O. Bd. II. S. 177.

etiam negligentius, eum majores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est judicium, non minus turpe, quam furti: credo propterea quod, quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his, operae nostrae vicaria, fides amicorum supponitur; quam qui laedit, oppugnat omnium commune praesidium, et, quantum in ipso est, disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere: alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. Quid recipis mandatum, si aut neglecturus, aut ad tuum commodum conversurus es? Cur mihi te offers, ac meis commodis, officio simulato, officis et obstas? Recede de medio; per alium transigam. Suscipis onus officii, quod te putas sustinere posse; quod minime videtur grave iis, qui minime ipsi leves sunt. Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem: nam neque mandat quisquam fere, nisi amico; neque credit, nisi ei, quem fidelem putat. Perditissimi est igitur hominis, simul et amicitiam dissolvere, et fallere eum, qui laesus non esset, nisi credidisset. Namentlich in der zweiten der angeführten Stellen tritt die Eingangs gekennzeichnete Auffassung des Mandats als einer Ergänzung des Subjektes der Wirthschaft klar zu Tage und wird der Eintritt einer so schweren Rechtsfolge, wie der Infamie, damit gerechtfertigt, dass der Verletzer eines solchen Vertrages sich gegen die Grundlagen aller gesellschaftlichen und wirthschaftlichen Organisation vergeht.

Nun ist freilich das Rechtsinstitut der Infamie in die modernen Rechtsbildungen nicht übergegangen. Das

Bedürfniss besonderer Sanktionen für das Verbot der Verfolgung des eigenen Vortheiles in den mehrbezeichneten Rechtsverhältnissen hat sich jedoch auch fernerhin vielfach fühlbar gemacht. Die Abhilfe wurde aber nicht mehr auf dem Gebiete des Civilrechtes, sondern auf jenem des Strafrechtes gesucht. An die Stelle der Androhung der Infamie für Verletzung eines *contractus famosus* trat der strafrechtliche Thatbestand der „Untreue", freilich in den einzelnen deutschen Territorien in sehr ungleicher Fassung und in sehr verschiedenem Umfange.

Doch ist der gemeinsame Ursprung, nicht zu verkennen. Ich werde mir erlauben, einiges für unsere Zwecke Erhebliche aus der diessfälligen Gesetzgebung hervorzuheben.

Ein sehr ausführliches, tief durchdachtes System der strafbaren Untreue enthält das preussische allgemeine Landrecht in seiner ursprünglichen Fassung im II. Theile, Tit. 20 §§. 1329—1376. Manches davon bietet für die gegenwärtige Untersuchung besonderes Interesse.

Nach §. 1329 liegt von Amtswegen zu verfolgende und zu bestrafende Untreue dann vor, wenn jemand „ausser der allgemeinen Verbindlichkeit, noch besondere Verpflichtungen, einen Anderen mit Treue und Redlichkeit zu behandeln, auf sich hat und denselben gleichwohl hintergeht."

Das Vorhandensein solcher Verpflichtungen wird angenommen:

1. Bei Beamten (§. 1330). Dabei wird auf die betreffenden landrechtlichen Bestimmungen (namentlich

Th. II, Tit. 20 §§. 333—341) verwiesen, wo alle Verletzungen der Amtspflicht zugleich als strafbar erklärt und je nach der Art der Verletzung und der Grade des Verschuldens mit verschieden strengen Strafen bedroht werden;

2. bei Vormündern und Curatoren (§§. 1331—1332), denen ausser der gewöhnlichen Strafe der Untreue, nämlich einer dem doppelten Betrage des gesuchten Gewinnes gleichkommenden Geldstrafe (§. 1328) noch infamierende Rechtsfolgen (Unfähigkeit zur Bekleidung eines öffentlichen Amts, Unfähigkeit zum gerichtlichen Zeugnisse und zum Erfüllungseide) angedroht werden;

3. bei öffentlich bestellten Mäklern (§. 1333);

4. bei Justizcommissarien und Consulenten (§§. 1334 bis 1344), bezüglich deren das Landrecht sehr ausführliche Bestimmungen enthält;

5. bei Privatverwaltern und Rechnungsführern (§§. 1345—1349);

6. beim Gesinde (§§. 1350—1352). An den unter 5) und 6) bezeichneten Personen soll die Untreue nur auf Antrag des Dienstherrn untersucht und bestraft werden;

7. bei Depositis (§§. 1353—1369);

8. bei Öffnung fremder Briefe (§§. 1370—1371);

9. bei Bevollmächtigten (§§. 1372—1374);

10. bei Handlungsgesellschaftern (§. 1375);

11. bei Versicherern und Versicherten (§. 1376).

Schon die Durchsicht der einzelnen oben angeführten Kategorien lässt keinen Zweifel darüber, dass dem Gesetzgeber das Institut der römisch-rechtlichen Infamie

vorschwebte, und dass er dasselbe auf seinen legislativen Grund zu untersuchen, einen Ersatz für dasselbe zu schaffen und dabei die ihm nach der Natur der betreffenden Verhältnisse erforderlich scheinende Vermehrung der hieher gehörigen Fälle zu verfügen beabsichtigte.

Analoge Bestimmungen, wenn auch durchaus nicht so ausgedehnter Art und vielfach mehr oder minder den Charakter der Gelegenheitsgesetzgebung an sich tragend, finden sich in zahlreichen deutschen Strafgesetzgebungen. Von grösserem Interesse sind die hieher gehörigen Bestimmungen des bairischen Strafgesetzbuches vom 16. Mai 1813 u. zw.:

Art. 295. „Vormünder und Curatoren, welche ihren Pflegebefohlenen in rechtswidrigem Vorsatze zum Nachtheile handeln, sollen aller Würden, Staats- und Ehrenämter unfähig sein und überdiess zu achttägigem bis dreimonatlichem Gefängniss verurtheilt werden, sofern nicht die von ihnen begangene Treulosigkeit zugleich in Betrug, Unterschlagung oder anderes schweres Verbrechen übergeht."

Art. 398. „Wer in einem Verhältnisse, wodurch er einem Anderen zu besonderer Treue und Ergebenheit verpflichtet ist, seiner Verbindlichkeit vorsätzlich zuwider handelt, wird dieser Treulosigkeit wegen nach folgenden Gesetzen bestraft, wenn nicht seine Handlung zugleich in Betrug, Unterschlagung oder eine andere schwerere Übertretung übergeht."

Art. 399. „Bevollmächtigte, Verwalter, Geschäftsführer *(negotiorum gestores)*, Depositarien, Gesellschaftsgenossen, welche in dieser Eigenschaft absichtlich dem

Anderen zum Nachtheile handeln, sollen mit achttägigem bis dreimonatlichem Gefängnisse bestraft werden."

Das spätere bairische Strafgesetzbuch v. 10. Nov. 1861 hat im Art. 331 die betreffende Strafandrohung verschärft, jedoch anderseits auf Vormünder, Testamentsvollstrecker, Curatoren und andere Verwalter fremden Vermögens, welche wissentlich zum Nachtheile der unter ihre Obhut gestellten Personen, Güter oder Vermögensmassen handeln, beschränkt. Andere Strafgesetzbücher, wie z. B. für Hannover v. 8. Aug. 1840 (Art. 219) und für Baden v. 6. März 1845 (§§. 539, 540) beschränken die betreffende Strafandrohung bloss auf Vormünder und Curatoren. Das Strafgesetzbuch für Hessen-Darmstadt v. 17. Sept. 1841 (Art. 407) nennt ausserdem auch Massecuratoren, Güterpfleger und Testamentsexecutoren.

Von besonderem Interesse ist für unsere Untersuchung das preussische Strafgesetzbuch v. 14. April 1851. Nach §. 246 desselben werden wegen Untreue bestraft:

1. Vormünder, Curatoren, Sequester, Testamentsexecutoren und Verwalter von Stiftungen, wenn sie vorsätzlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;

2. Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner und andere Gewerbtreibende, welche zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit besonders verpflichtet sind, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften vorsätzlich diejenigen benachtheiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Wird die Untreue in der Absicht verübt, sich oder

Anderen Gewinn zu verschaffen, so tritt neben der Freiheitsstrafe auch Geldstrafe ein.

Aus dieser Bestimmung wurden absichtlich alle Privatbeamten und überhaupt diejenigen Personen ausgeschlossen, bei denen die Verpflichtung zu einer besonderen Treue lediglich aus Privatsrechtsverhältnissen entspringt und die Strafandrohung bloss auf solche Personen beschränkt, welche mit einem öffentlichen Charakter bekleidet sind oder wenigstens unter öffentlicher Autorität wirken. Die Commission der zweiten Kammer, in welcher der Antrag gestellt wurde, die Bestimmungen der früheren Entwürfe wiederherzustellen, wonach auch die Haus- und Wirthschaftsbeamten, Beamten von Aktien-Handels- und anderen Gesellschaften, Gewerbsgehilfen und Dienstboten zu den Personen gerechnet werden sollten, welche eine Untreue begehen und auf Verlangen des Verletzten bestraft werden können, lehnte diesen Antrag ab und bemerkte zur Begründung: „Derjenige, welcher Privatverträge mit einem anderen abschliesst, welche auf ein besonderes Vertrauen berechnet sind, mag sich selbst vorsehen, während denjenigen Personen, welche unter öffentlicher Autorität wirken und von dem Staate dem Publikum zur Besorgung gewisser Angelegenheiten bezeichnet werden, mit Recht von Vornherein ein grösseres Vertrauen erwiesen wird.“ Die Art und der Inhalt der Argumentation entspricht vollständig den zur Zeit dieser legislativen Berathung herrschend gewesenen juristischen und wirthschaftlichen Anschauungen[1]).

[1]) Beseler, Dr. Georg, Commentar über das Strafgesetzbuch für die preuss. Staaten. S. 469.

Eine erhebliche Erweiterung des Kreises der durch die Strafandrohung der Untreue getroffenen Personen zeigt wieder der §. 266 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches, indem ausser den früher angeführten, aus dem preussischen Strafgesetzbuche herübergenommenen und theilweise erweiterten Kategorien von Personen, welche im §. 266 cit. in Ziffer 1 und 3 enthalten sind, unter Ziffer 2 die Strafe der Untreue auch allen Bevollmächtigten angedroht wird, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachtheile desselben verfügen[1]), wozu in den Motiven lediglich bemerkt wird, dass man hiedurch einem allerdings in der Praxis hervorgetretenen und auch neuerdings wieder in der Wissenschaft eingehend erörterten Bedürfnisse Abhilfe verschaffen zu sollen geglaubt habe.

---

[1]) Eine analoge Strafdrohung findet sich bereits im Art. 297 des sächs. Strafgesetzbuches v. 13. Aug. 1855, wonach es der Unterschlagung gleich zu achten ist, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachtheile des Geschäftsherrn verfügt. Ihre Ergänzung fand diese Bestimmung im Art. 362 desselben Gesetzbuches, welcher nicht bloss Staatsdiener, sondern auch andere in besonderen öffentlichen Pflichten stehende Personen, welche sich durch Missbrauch der in ihrer öffentlichen Stellung liegenden Eigenschaften oder Befugnisse, oder durch geflissentliche Verabsäumung ihrer Obliegenheiten, einer Bedrückung, Misshandlung oder widerrechtlichen Begünstigung Jemandes schuldig machen, oder durch die obgedachten Handlungen oder Unterlassungen Jemandem Schaden zufügen, mit Gelde und in schwereren Fällen mit Freiheitsstrafe bedroht.

Die neuere deutsche Gesetzgebung hat die Strafdrohung wegen Untreue in einzelnen Specialgesetzen noch auf andere Fälle ausgedehnt. So unterliegen in Gemässheit der Gesetze v. 7. April 1876 und 1. Juni 1884 (§. 34) Mitglieder des Vorstandes und des Ausschusses eingeschriebener Hilfskassen, welche absichtlich zum Nachtheile der Kasse gehandelt haben, der Strafbestimmung des §. 266 cit. Desgleichen haften nach dem deutschen Gesetz über die Krankenversicherung der Arbeiter v. 15. Juni 1883 (§. 42) die Mitglieder des Vorstandes, sowie Rechnungs- und Kassenführer der Kasse, und nach dem Unfallversicherungsgesetz v. 6. Juli 1884 (§. 26) und den Gesetzen über die Ausdehnung der Unfallversicherung die Mitglieder der Genossenschaftsvorstände, sowie die Vertrauensmänner der Genossenschaft für getreue Geschäftsverwaltung, wie Vormünder ihren Mündeln und unterliegen, falls sie absichtlich zum Nachtheile der Kasse, beziehungsweise Genossenschaft handeln, der erwähnten Strafbestimmung. Mit erheblich strengerer Strafe bedroht endlich §. 249 des Gesetzes betreffend die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften v. 18. Juli 1884 die persönlich haftenden Gesellschafter, Mitglieder des Aufsichtsrathes und Liquidatoren einer Commanditgesellschaft auf Actien, sowie die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrathes und die Liquidatoren einer Actiengesellschaft für den Fall, dass diese Personen absichtlich zum Nachtheile der Gesellschaft handeln.

Die neueste Strafrechtsgesetzgebung zeigt das Bestreben, auf unserem Gebiete wieder zu allgemeineren Gesichtspunkten zu gelangen. So findet das neue

ungarische Strafgesetzbuch (G. A. 37 v. J. 1880) den Thatbestand der Veruntreuung darin, dass jemand, der mit der Verwaltung, Curatel oder Aufsicht über ein fremdes Vermögen betraut ist, in dieser Eigenschaft demjenigen, dessen Interessen er zu fördern verpflichtet ist, mit Wissen und Willen einen Vermögensnachtheil zufügt. Die Veruntreuung, welche sonst als Vergehen zu bestrafen ist, wird zum Verbrechen, wenn sie zu dem Zwecke verübt wird, damit der Thäter dadurch sich oder einem Anderen widerrechtlich einen Vermögensvortheil verschafft (§§. 361—364). Der neueste österr. Entwurf eines Strafgesetzbuches in seiner vom Ausschusse des Abgeordnetenhauses beschlossenen Fassung (1893) bedroht im §. 302 mit der Bestrafung wegen Untreue Vormünder, Curatoren, Bevollmächtigte oder andere mit der Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten betraute Personen, welche denjenigen, deren Vermögensrechte ihrer Obsorge unterstehen, wissentlich Schaden zufügen, insoferne sie nicht diess aus Billigkeit oder anderen berücksichtigungswerthen Gründen redlicherweise thun zu dürfen vermeinten. Auch hier tritt eine sehr erhebliche Erhöhung der Strafe in dem Falle ein, wenn die Untreue um eigenen Vortheils willen begangen wurde. Der bereits früher angeführte schweizerische Entwurf vom Jahre 1894 endlich bestimmt im Art. 82 ganz allgemein: „Wer Vermögensinteressen, deren Wahrung ihm anvertraut ist, eigennützig zum Nachtheil des Berechtigten verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 10 000 Franken oder mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.“

III. Verpflichtung zum Ersatze von Auslagen und Schäden.

Ich wende mich nunmehr zu einer anderen Seite der den Gegenstand unserer Untersuchung bildenden Rechtsgeschäfte, beziehungsweise Rechtsverhältnisse, welche in gewissem Sinne die nothwendige Ergänzung der bisher betrachteten Besonderheiten bildet. Muss der Ausschluss der Verfolgung des eigenen Vortheils auf Kosten des Mitcontrahenten als ein besonderes Merkmal der Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation im Gegensatze zu den den Austausch äquivalenter Güter und Leistungen bezweckenden Verträgen angesehen werden, so ergibt sich als eine nothwendige Folge dieses Grundsatzes im Sinne der Postulate der ausgleichenden Gerechtigkeit, dass der durch die Vorschrift des Gesetzes in der Verfolgung des eigenen Vortheils behinderte Vertragstheil anderseits vor Benachtheiligung bewahrt und dass ihm namentlich seine Auslagen ersetzt werden. In der That finden sich hierauf bezügliche Vorschriften bei allen hieher gehörigen Rechtsverhältnissen in den verschiedenen Gesetzgebungen. Schon im gemeinen Rechte wird gelehrt, dass der Gesellschafter Ersatz für die Aufopferungen verlangen kann, welche er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat; ebenso ist der Auftraggeber verpflichtet, dem Beauftragten die Aufopferungen zu ersetzen, welche dieser in oder bei Ausführung des übernommenen Auftrages gemacht hat[1]). Ganz analoge Grundsätze gelten in

[1]) Windscheid a. a. O. II. Bd. §. 406, 3; §. 410, 2; §. 449, 2; §. 438, 2; §. 447; §. 430, 2.

Betreff der Gemeinschaft, ferner aller Arten der Vormundschaft und Güterpflege und bekanntlich hat auch der Geschäftsführer ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn einen Anspruch auf Ersatz desjenigen, was er aus seinem Vermögen für den Geschäftsherrn aufgeopfert hat, sofern nur die Aufopferung mit dem Willen gemacht wurde, den Geschäftsherrn zum Ersatz zu verpflichten und die Aufopferung im Interesse des Geschäftsherrn gelegen war. Es würde zu weit führen und kein genügendes Interesse darbieten, die ganz analogen Bestimmungen der verschiedenen neueren Civilgesetzgebungen des näheren anzuführen und zu besprechen; nur beispielsweise mag auf die §§. 1014, 1037, 1042, 1190, 837, 238—242 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, auf Art. 93 des Handelsgesetzbuches, ferner auf Art. 1852, 1999, 1375, 471 des Code civil verwiesen werden. Selbstverständlich enthält auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch analoge Vorschriften, so in Betreff des Auftrages im §. 670, in Betreff der Gesellschaft im §. 713, der Gemeinschaft im §. 748, der Geschäftsführung ohne Auftrag im §. 683, der Vormundschaft im §. 1835, der Pflegschaft im §. 1915. Entsprechende Vorschriften finden sich auch im Beamtenrechte, und ganz richtig hebt Laband[1]) hervor, dass, wenn auch nach den Grundsätzen der modernen staatlichen Finanzwirthschaft der Beamte der Regel nach nicht in die Lage kommt, aus eigenen Mitteln Auslagen für den Staat zu machen, es dennoch gewisse Bezüge der Beamten gibt, welche rechtlich durchaus

[1]) Laband a. a. O. I. S. 474.

verschieden sind von dem Gehalte, indem sie nicht eine Rente für den Lebensunterhalt des Beamten sind, sondern ein Äquivalent für Auslagen und Verwendungen desselben in Ausübung seines Amtes. Dem Rechtssinn nach sind diese Bezüge nicht Einnahmen des Beamten, sondern lediglich Ersatz von Auslagen. Hieher gehören namentlich Pauschsummen (in Österreich Amtspauschalien genannt), ferner Repräsentationsgelder und Funktionszulagen, endlich hauptsächlich Tagegelder (Diäten), Fuhrkosten und Umzugskosten.

Die in Rede stehende Verpflichtung zum Ersatze von Auslagen kommt nun freilich nicht bloss bei den Rechtsgeschäften der wirthschaftlichen Organisation vor; sie findet sich auch bei solchen Verträgen, aus welchen die Verpflichtung zur Rückgabe einer individuell bestimmten Sache entspringt, also beim *depositum*, beim *commodatum*, beim *pignus* und bei der Sachmiethe. Es handelt sich in diesen Fällen um den Ersatz von Verwendungen, welche der einstweilige Inhaber der betreffenden Sache auf dieselbe gemacht hat. Durch die Vornahme solcher Verwendungen gelangt aber eben der Depositar, der Commodatar, der Pfandgläubiger, der Miether seinem Mitcontrahenten gegenüber in Betreff dieser Verwendungen in eine einem Mandatar oder einem *negotiorum gestor* analoge Stellung, was beispielsweise im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche in Betreff des Verwahrungsvertrages durch die Fassung des §. 693 im Vergleiche mit §. 670, und ferner durch §. 601 in Betreff der Leihe, durch §. 1216 in Betreff des Pfandvertrages, durch §. 547 in Betreff der Miethe ausdrücklich anerkannt ist. Es liegen hier specielle

Anwendungsfälle des früher besprochenen, den Rechtsgeschäften der wirthschaftlichen Organisation eigenthümlichen Grundsatzes vor, was darin seine Begründung findet, dass in den besprochenen Rechtsverhältnissen der Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger oder Miether seinen Vertragsgenossen in Betreff der Fürsorge für die den Gegenstand des Vertrages bildende Sache zu vertreten hat.

Zu noch weit schärferem, wenngleich in den verschiedenen Gesetzgebungen durchaus nicht gleichartigem Ausdrucke gelangt diese Seite der in Rede stehenden Rechtsverhältnisse in solchen gesetzlichen Bestimmungen, kraft deren ein Vertragsgenosse, welcher bei Vornahme einer aus seiner vertragsmässigen Verpflichtung sich ergebenden Handlung Schaden an seinem Vermögen erleidet, von demjenigen Ersatz zu fordern berechtigt ist, für welchen er thätig wurde. Stobbe[1]) macht darauf aufmerksam, dass solche Fälle im älteren deutschen Rechte häufig sind und soll die genannte Verpflichtung insbesondere eintreten gegenüber dem Gesinde, welches im Dienste des Herrn sein Gut verliert, gegenüber dem Bürgen, welcher für den Schuldner das Einlager leistet, gegenüber dem Vasallen, welcher im Lehensdienste und dem Beamten, welcher im städtischen Dienste Schaden erleidet. Der mittelalterlichen deutschen Rechtsbildung mit ihrer überall zu Tage tretenden Tendenz zur Begründung von genossenschaftlichen und anderen Orga-

[1]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechtes, Bd. III, §. 183 e; Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechtes, S. 204, 286, 288, 289.

nisationen lag die in diesen Rechtssätzen zu Tage tretende Auffassung der Dinge gewiss auch sehr nahe.

Das gemeine Recht ist auf diesem Gebiete zu keiner durchgreifenden Lösung gelangt. Als herrschende Meinung darf es für die beiden hier vorzugsweise in Betracht kommenden Vertragsverhältnisse bezeichnet werden, dass beim Mandat der Schaden, welchen der Beauftragte bloss bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages *(ex occasione mandati)* erleidet, ihm nur dann vom Auftraggeber zu ersetzen ist, wenn diesen Letzteren dabei ein Vorwurf trifft, während der Gesellschafter für den Schaden, welchen er bei Gelegenheit der Besorgung von Gesellschaftsangelegenheiten erlitten hat, unbedingt Ersatz verlangen kann[1]). Die angeführten Sätze sind aber namentlich rücksichtlich des Mandats durchaus nicht unbestritten und gibt die Sache überhaupt Anlass zu den mannigfaltigsten und interessantesten Erörterungen, wie sich namentlich aus den Ausführungen Unger's in seiner neuesten, überaus anregenden Schrift: „Handeln auf fremde Gefahr" zeigt[2]). Derselbe Autor macht auch darauf aufmerksam, dass im Gegensatz zum allgemeinen preussischen Landrecht, welches diese Frage für beide Verträge nach analogen Grundsätzen, und zwar nach einer mittleren Meinung zu lösen sucht[3]), der Code civil die

---

[1]) Windscheid, Pandekten, Bd. II, §. 410, 406.

[2]) Unger a. a. O. S. 29—44.

[3]) A. L. R. I, 13, §§. 80, 81, I, 17, §. 227. §. 80: Unglücksfälle, welche den Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Geschäftes treffen, ist der Machtgeber nur insofern zu vergüten schuldig, als er dazu auch nur durch ein geringes

beiden genannten Obligationsverhältnisse wieder verschieden behandelt, jedoch merkwürdiger Weise im Gegensatz zum römischen Recht den Socius ungünstiger als den Mandatar stellt. Denn in Betreff des letzteren bestimmt Art. 2000: *Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable;* dagegen gewährt Art. 1852 dem Socius den analogen Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft nur *à raison des risques inséparables de sa gestion.* Zachariae[1]) bemerkt also mit Grund, dass sich die Ersatzpflicht im Falle des Art. 2000 weiter erstreckt, als nach Art. 1852 und dass der Mandatar auf Entschädigung Anspruch hat, wenn er auf der Geschäftsreise beraubt oder ohne seine Schuld bestohlen wird, der Socius dagegen nicht. Das österreichische Gesetzbuch steht wieder auf dem Standpunkt gleicher Behandlung der beiden Vertragsverhältnisse, indem es im §. 1190 bestimmt, dass wenn einem oder einigen Gesellschaftern der Betrieb der Geschäfte anvertraut wird, dieselben als Bevollmächtigte zu betrachten sind,

---

Versehen Anlass gegeben hat. §. 81: Doch muss der bloss zufällige Schaden auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können. §. 227: Für die bei solcher Gelegenheit (scil. bei Ausrichtung der Societätsgeschäfte) erlittenen Schäden, kann er (der Gesellschafter) unter eben den Umständen, wie ein Bevollmächtigter, Ersatz fordern.

[1]) Handbuch des franz. Civilrechts, bearb. v. Crome, Bd. II, §. 394 A. 7.

stellt aber in den §§. 1014 u. 1015 eine andere Norm für die Entscheidung unserer Frage auf, indem es den Mandanten zunächst bloss als verpflichtet erklärt, allen durch sein Verschulden entstandenen oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden zu ersetzen, jedoch ausserdem dem Mandatar, der bei der Geschäftsführung nur zufälliger Weise Schaden leidet, aber bloss für den Fall, als er das Geschäft unentgeltlich zu besorgen übernahm, jenen Betrag zubilligt, welcher ihm bei einem entgeltlichen Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerthe gebührt haben würde. Der Vollständigkeit wegen sei noch erwähnt, dass nach Art. 93 des deutschen Handelsgesetzbuches die Gesellschaft dem Socius für die Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erleidet, verhaftet ist, dass das schweizerische Obligationenrecht, dem Beispiele des gemeinen Rechtes theilweise nachfolgend, laut der Art. 400 u. 537 den Beauftragten in Betreff des zufällig erlittenen Schadens wieder ungünstiger gestellt hat, als den geschäftsführenden Gesellschafter, und dass endlich das deutsche bürgerliche Gesetzbuch zwar im §. 713 für die Beurtheilung der Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter die entsprechenden für das Mandat geltenden Vorschriften als massgebend erklärt, dass jedoch diese letzteren Vorschriften (§§. 664—670) über unsere Frage gar keine Bestimmung enthalten, wohl aus dem schon in den Motiven zum ersten Ent-

wurfe[1]) ausgesprochenen Grunde, dass „wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden kann."

Erwähnung an dieser Stelle gebührt auch jenen Bestimmungen des Beamtenrechtes, wonach auch solchen Beamten, welchen an sich der Anspruch auf einen ständigen Versorgungsgenuss noch nicht oder nur in geringem Masse zustehen würde, eine günstigere Behandlung für den Fall gewährleistet ist, als dieselben in Folge ihrer Amtsverrichtungen oder durch ein aus Anlass derselben ihnen zugestossenes Ereigniss dienstuntauglich werden[2]).

Überblickt man nun die vorstehenden Bestimmungen, so wird bei aller Verschiedenheit derselben, namentlich in den zuletzt erörterten Beziehungen, und bei allem Schwanken der Rechtsanschauungen, welches aus denselben zu Tage tritt, nicht in Abrede gestellt werden können, dass seitens der einzelnen Gesetzgebungen auch in der angedeuteten Richtung das Bedürfniss besonderer Behandlung der hier in Rede stehenden Rechtsverhältnisse gefühlt wird. Der Grund hiefür liegt zunächst nicht in jenen Erwägungen, welche auch bei manchen unentgeltlichen Verträgen, nament-

---

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1888. Bd. II, S. 541.

[2]) Siehe in dieser Hinsicht Mayerhofer, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst. 5. Aufl. Wien 1895. Bd. I, S. 157. Deutsches Reichsbeamtengesetz v. 31. März 1873, §. 36; deutsches Gesetz betreffend die Fürsorge für Beamte in Folge von Betriebsunfällen v. 15. März 1886.

lich aber beim Depositum einzelne Gesetzgebungen, insbesondere den Code civil und die ihm nachfolgenden Gesetzbücher veranlasst haben, die früher herrschend gewesene gemeinrechtliche Lehre, dass der Hinterleger den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer ohne dessen Verschulden verursachten Schaden auch dann zu ersetzen habe, wenn er sich in entschuldbarer Unkenntniss über die gefährlichen Eigenschaften der deponirten Sache befunden habe, anzunehmen, ja sogar noch zu erweitern. Der Code civil bestimmt in dieser Beziehung im Art. 1947: *La personne qui a fait le depôt, est tenue . . . . de l'indemniser (scil. le dépositaire) de toutes les pertes que le depôt peut lui avoir occasionnées.* Die neuere gemeinrechtliche herrschende Lehre steht in dieser Hinsicht bekanntlich auf dem Standpunkte, dass der Deponent für den aus der Verwahrung entspringenden Schaden nicht unbedingt, sondern nur im Falle von Unredlichkeit und Nachlässigkeit hafte und ihr sind die Mehrzahl der Partikulargesetzgebungen, so das österr. Gesetzbuch (§. 967), das preuss. Landrecht (I, 14, §§. 42, 43), das schweizerische Obligationenrecht (Art. 477) und in der Hauptsache auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch (§. 694) gefolgt. Mit Recht weist nun Unger[1]) in seinen sehr eingehenden bezüglichen Erörterungen darauf hin, dass der Grund für die ältere gemeinrechtliche Ansicht, sowie für die Stellung des französischen Rechts in dieser Frage auf der Erwägung beruhe, dass, wer eine be-

[1]) Unger a. a. O. S. 22 ff.

wegliche Sache für einen Anderen in Verwahrung nimmt, dem Hinterleger einen Gefälligkeitsdienst leistet und es nur eine Forderung der Billigkeit ist, dass man aus einer solchen Dienstleistung nicht zu Schaden komme, oder wie es in l. 61, §. 5, D. XLVII, 2 heisst: *aequum est, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.* Es ist hiebei hervorzuheben, dass ebenso wie nach gemeinem, so auch nach französischem Recht das Depositum stets ein unentglicher Vertrag ist, und dass, sobald dem Verwahrer für den von ihm zur Verfügung gestellten Raum ein Entgelt gewährt wird, ein anderes und zwar ein entgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt[1]), bei welchem die angeführten Grundsätze nicht zur Anwendung gelangen.

Es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass analoge Erwägungen auf die den Gegenstand der vorstehenden Erörterungen bildenden Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation nicht Anwendung finden können. Das ist zunächst vollkommen klar in Betreff aller Formen der *societas*, da bei dieser die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes überhaupt nicht aufgeworfen werden kann. Viel näher dem Wesen der Sache kommen in dieser Beziehung die älteren Juristen, wenn sie zur Rechtfertigung der für die *societas* geltenden besonderen Vorschriften sich auf den Ausspruch Ulpian's in der l. 63 pr. D. XVII, 2 berufen, dass nämlich dieser Ver-

---

[1]) Windscheid a. a. O. §. 377. Code civil Art. 1917; *Dalloz, Code civil annoté.* Bd. II. S. 791.

trag *„jus quoddam fraternitatis“* in sich enthalte[1]), weil diese Äusserung, wenn auch nur dunkel, die Auffassung zum Ausdrucke bringt, dass es sich bei der *societas* nicht um einen Vertrag des gewöhnlichen Tauschverkehrs, sondern um ein organisches, familienhafte Züge an sich tragendes juristisches Gebilde handle. Aber auch beim Mandat ist für die Begründung der hier in Frage kommenden Rechtssätze nicht das Moment der Unentgeltlichkeit in erster Linie entscheidend, wenn es auch, wie die früher berufenen §§. 1014 und 1015 des österr. Gesetzbuches zeigen, auf den Gedankengang des Gesetzgebers in einzelnen Fällen von Einfluss sein kann. Es muss hier darauf verwiesen werden, dass auch nach gemeinem, sowie nach französischem Rechte die Unentgeltlichkeit nicht unbedingt zum Begriffe des Mandats gehört[2]) und dass nach beiden Rechtssystemen die früher erwähnten Vorschriften auch auf das entgeltliche Mandat zur Anwendung zu kommen haben, mithin nicht durch die Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes bedingt sind. Sehr bezeichnend ist in dieser Hinsicht eine Ausführung des französischen Civilrechtslehrers Paul Pont[3]): *L'art. 2000 ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'indemnité des pertes, entre le mandataire qui gère gratuitement et celui auquel un salaire est alloué. Et en effet, il n'y avait pas, au moins en*

---

[1]) S. beispielsweise *Struve, Syntagma juris civilis. Exerc. 22, lib. 17 tit. 2, §. 37;* Glück, Erläuterung der Pandekten. Bd. 15, S. 313 ff.

[2]) Windscheid a. a. O. §. 409. Code civil Art. 1986.

[3]) *Commentaire traité des petits contrats.* Bd. I, N. 1116.

principe, de distinction à établir sous ce rapport: l'affaire étant dans l'intérêt exclusif du mandant, même quand il y a stipulation de salaire au profit du mandataire, il est juste que les pertes occasionnées par la gestion ne restent pas, même en ce cas, à la charge de ce dernier. Und auch die früher berufenen Bestimmungen aus dem Beamtenrechte beziehen sich selbstverständlich nicht auf einen unentgeltlichen Vertrag. Der leitende Gedanke scheint eben hier auf ganz anderer Stelle, nämlich in der Erwägung zu suchen zu sein, dass jemand, der sich in seinem Interesse eines Anderen zur wirthschaftlichen Ergänzung seiner Persönlichkeit, also gleichsam wie eines Werkzeuges bedient, auch den Schaden tragen muss, den diese ihn ergänzende Person bei ihrer hierauf bezüglichen Thätigkeit erleidet, so wie ihn auch der Schaden trifft, den sein Werkzeug nimmt. Auf den Gegensatz zwischen dieser Auffassung und den Consequenzen aus der als Güteraustauschvertrag des gewöhnlichen Verkehrs sich darstellenden *locatio conductio operis* und *operarum* wird noch in der Folge zurückzukommen sein.

IV. Beschränkung der Haftung auf diligentia in concreto.

Bei Fortsetzung der Untersuchung der den Gegenstand der vorstehenden Ausführungen bildenden Rechtsgeschäfte bietet sich uns noch ein weiterer Gesichtspunkt dar, welcher nicht mindere Eigenthümlichkeiten dieser Rechtsgeschäfte im Entgegenhalte zu den Güteraustauschverträgen offenbart, als diess schon in den

bisherigen Erörterungen sich gezeigt hat. Es ist diess die Frage der Haftung der Vertragsgenossen untereinander.

Die freilich nicht ausnahmslos durchgeführte Regel des römischen Rechts in Betreff der Haftung der Contrahenten von Verträgen, welche die Übertragung von Sachen oder ihrer Benützung, oder die Leistung von Arbeiten und Diensten zum Gegenstande haben, geht bekanntlich dahin, dass bei allen onerosen Verträgen beide Theile für *dolus, culpa lata* und *levis* haften, während bei unentgeltlichen Verträgen derjenige, welcher die Gefälligkeit erhält, gleichfalls für *culpa levis*, derjenige aber, welcher die Gefälligkeit erweist, bloss für *dolus* und *culpa lata* haften soll. *Sicut in contractibus bonae fidei servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius dolus malus tantummodo praestetur* (l. 108, §. 12, D. XXX)[1]). In beiden Fällen ist das Recht bestrebt, für die Haftung der Contrahenten einen objectiven, allgemein giltigen, von den concreten Personen der Vertragsparteien unabhängigen Massstab zu gewinnen, wenngleich sich die Anwendung dieses Massstabes in der lebendigen Praxis in vielen Fällen schwierig genug gestalten mag. In ganz ähnlicher Weise bestimmt das preussische Landrecht unter Anlehnung an die einst herrschend gewesene Unterscheidung dreier Grade der *culpa:* Th. I, Tit. 5, §. 277. „Wer bei Erfüllung eines Vertrages ein grobes Versehen sich zu Schulden kommen lässt, ist in allen Fällen zum Schadensersatz

[1]) Windscheid a. a. O. Bd. II, §. 265.

verbunden.“ §. 278. „Haben beide Theile unmittelbar aus dem Vertrage selbst Vortheile zu erwarten, so sind beide auch aus einem mässigen Versehen wechselseitig verpflichtet.“ §. 279. „Hat nur ein Theil aus dem Vertrage selbst Vortheil zu erwarten, so ist er auch für ein geringes Versehen zu haften schuldig.“ §. 280. „Wer aus dem Vertrage gar keinen unmittelbaren Nutzen zu hoffen hat, bleibt nur für sein grobes Versehen verantwortlich.“

Analoge Bestimmungen enthält das sächs. bürgerliche Gesetzbuch in §. 728: „Die Betheiligten bei einer Forderung haften in ihren gegenseitigen Beziehungen zu einander für absichtliche Verschuldung und für grobe und geringe Fahrlässigkeit. Hat jedoch einer von ihnen nach der Natur des Verhältnisses keinen Vortheil von demselben, so haftet er bloss für absichtliche Verschuldung und für grobe Fahrlässigkeit;“

und ferner Art. 113 des schweizer. Gesetzbuches über das Obligationenrecht: „Im Allgemeinen haftet der Schuldner für jede Fahrlässigkeit. Diese Haftung ist eine mehr oder minder ausgedehnte, je nach der besonderen Natur des Geschäftes. Insbesondere wird dieselbe milder beurtheilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vortheil bezweckt.“

Andere Gesetzbücher wieder haben diesen Unterschied in Betreff der Haftung der Contrahenten bei entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen nicht recipirt. Dazu gehört beispielsweise das österr. bürgerl. Gesetzbuch (§. 1295) und der Code civil (Art. 1136, 1137). Auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat diese Unterscheidung nicht aufgenommen (§. 276).

Im Gegensatze zu diesen Vorschriften, welche einheitlich oder in mehreren Abstufungen allgemeine und objektive Merkmale für die gegenseitige Haftung der Vertragsparteien aufzustellen bestrebt sind[1]), gewahren wir nun, dass die Gesetzgebungen für gewisse und zw. insbesondere für die Rechtsverhältnisse, welche durch die den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung bildenden Rechtsgeschäfte begründet werden, dem Richter für die Beurtheilung der Haftungspflicht

---

[1]) Solche allgemeine Massstäbe finden sich, wenngleich in sehr verschiedener Form, in den meisten Gesetzgebungen, so z. B. §. 1297 des österr. bürgerl. Gesetzbuches: „Es wird aber auch vermuthet, dass jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleisses und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Wer.... diesen Grad des Fleisses oder der Aufmerksamkeit unterlässt, macht sich eines Versehens schuldig," Art. 282 des Handelsgesetzbuches: „Wer aus einem Geschäfte ..... einem Andern zur Sorgfalt verpflichtet ist, muss die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwenden," Art. 1137 des Code civil: *„L'obligation de veiller à la conservation de la chose .... soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille,"* §. 276 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt." Kaum ist es nöthig, an die bezüglichen allgemeinen Massstäbe des römischen Rechts zu erinnern, an den *diligens pater familias* (z. B. in l. 14 D. XIII, 7), an l. 31 D. IX, 2: *„culpam autem esse, quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum"*, an die *homines frugi et diligentes* der l. 12 D. XVIII, 6, und an l. 213 §. 2 D. L, 16: *Lata culpa est nimia negligentia, i. e. non intellegere, quod omnes intellegunt.*

der betheiligten Personen einen anderen, einen subjektiven Massstab an die Hand geben und ihn anweisen, die Haftungsfrage nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten, sondern mit Rücksicht auf die subjektiven Eigenschaften der betreffenden in Anspruch genommenen Person zu entscheiden. Man spricht in diesen Fällen bekanntlich von der Prästation der *diligentia quam in suis* oder der *diligentia in concreto*.

Wohl am bezeichnendsten tritt dieser subjektive Massstab im römischen Rechte bei der *societas* hervor. Gajus schreibt in l. 72, D. XVII, 2 — und damit stimmt §. 9, J. III, 25 vollständig und vielfach wörtlich überein —: „*Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem socium sibi adquirit, de se queri debet*".

An diese Stelle anknüpfend, macht Mommsen[1]) mit Recht darauf aufmerksam, dass die *culpa in concreto* die Vernachlässigung der von dem Schuldner in seinen eigenen Angelegenheiten durchgängig beobachteten Sorgfalt, der *diligentia qualem suis rebus adhibere solet*, ist." Es kann demnach, um den Vorwurf der *culpa in concreto* abzuwenden, nicht genügen, dass der Schuldner bei der Betreibung der fremden Angelegenheit nicht nachlässiger gewesen ist, als er es ein ein-

---

[1]) Friedrich Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Abth. 3, S. 374.

zelnes Mal auch in einer eigenen Angelegenheit gewesen ist. Wie bei der *levis culpa* das durchgängige Benehmen eines *diligens pater familias* den Massstab bildet, so fragt es sich auch hier, ob die Handlung oder Unterlassung des Schuldners dem Benehmen entspricht, welches er durchgängig in seinen eigenen Angelegenheiten beobachtet."

Wenn Dernburg[1]) die oben angeführte Erklärung des Gajus mit Rücksicht auf den Umstand unbefriedigend findet, dass der von dem römischen Juristen angeführte Grund bei jedem Contracte zutreffen würde und die Ansicht ausspricht, dass die Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf die *culpa in concreto* sich durch den familienartigen Charakter der alten *societas* erkläre, dass dieser Satz aber für merkantile Gesellschaften nicht passe, wenn er sich auch traditionell auf sie vererbt hat, so kann dieser Ausführung nicht in vollem Umfange beigepflichtet werden. Der Hinweis auf den familienartigen Charakter der *societas* ist gewiss insofern zutreffend, als eben auch die Familie sich als ein Organismus darstellt, in dessen Innerem auch für die Haftung der Familienglieder einander gegenüber vielfach ein anderer, als der gewöhnliche objektive Vertragsmassstab angelegt wird. Eine Analogie in dieser Beziehung ist also ohne Zweifel vorhanden. Das vorher erwähnte Argument des römischen Juristen aber kann nur in solchen Fällen gegründete Anwendung finden, in welchen nach der Natur der Sache der eine Vertragstheil beim Vertragsabschlusse in erster

[1]) Dernburg, Pandekten, Bd. II. §. 125.

Linie die persönlichen Eigenschaften seines Vertragsgenossen in Betracht zu ziehen sich veranlasst sehen muss, namentlich also — wenn auch nicht ausschliesslich — in allen Fällen, in welchen der Inhalt des Vertrages nicht in der Überlassung wirthschaftlicher Güter, sondern in der Schaffung oder Ergänzung des Subjektes der Wirthschaft besteht.

Zu den Rechtsverhältnissen, in welchen nach den Grundsätzen des römischen Rechts die Haftung für *diligentia in concreto* eintritt, gehört ausser der bereits erwähnten *societas* und den in Betreff der Haftungsfrage analog geregelten Fällen der *communio rerum*[1]) ferner die *tutela*. In Betreff derselben bestimmt l. 1 pr. D. XXVII, 3: „*In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit, rationem reddat hoc judicio, praestando dolum, culpam et quantam in rebus suis diligentiam.* Derselbe Grundsatz gilt für die verschiedenen Arten der Güterpflege, namentlich in jenen Fällen, in welchen die Übernahme derselben eine Bürgerpflicht ist.[2]) Desgleichen haftet nach römischem Rechte bekanntlich der Ehemann, während er das das Dotalvermögen verwaltet, für *culpa in concreto*[3]).

Es mag gleich an dieser Stelle auf die ganz analogen Bestimmungen des sächsischen bürgerlichen Ge-

---

[1]) l. 25 §. 16, 18 D. X, 2.

[2]) Windscheid a. a. O. II, §. 447.

[3]) l. 17 D. XXIII, 3: *In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.*

setzbuches aufmerksam gemacht werden, welches bekanntlich im Allgemeinen gern der gemeinrechtlichen Doctrin folgt und demgemäss den Grundsatz der Haftung für *diligentia in concreto* beim Gesellschaftsvertrage (§. 1371), bei der Gemeinschaft des Eigenthums (§. 336), bei der Verwaltung des Vermögens der Ehefrau durch den Ehemann (§. 1655), ferner des Vermögens der Kinder durch den Vater (§. 1817) und bei allen Arten der Vormundschaft (§§. 1949, 1998) anerkennt.

Wir begegnen also im Wesentlichen hier wieder jenen Rechtsverhältnissen, mit welchen wir im ganzen bisherigen Verfolge der gegenwärtigen Ausführungen uns zu beschäftigen und deren besondere rechtliche Natur wir bereits in verschiedenen Beziehungen zu erkennen Gelegenheit hatten. Nur eine der Hauptformen der hiehergehörigen Rechtsverhältnisse fehlt an dieser Stelle, das Mandat. In dieser Hinsicht erscheinen einige weitere Bemerkungen geboten.

Es ist ein bekannter Grundsatz des römischen Rechts, dass der Mandatar bei Ausführung des übernommenen Auftrages nicht bloss wegen Arglist, sondern auch wegen jeder Nachlässigkeit haftet. Dieser Grundsatz wird an verschiedenen Stellen der Quellen, so z. B. in l. 23, D. L, 17 und in c. 11, C. IV. 35 mit aller Deutlichkeit ausgesprochen.

Es ist klar und wurde bereits vielfach hervorgehoben, dass diese Vorschrift mit dem römisch-rechtlichen Grundsatze, wonach die gewöhnliche Haftung des Schuldners für *omnis culpa* in jenen Fällen nicht eintritt, in welchen das Verhältniss, aus dem das Forderungsrecht erwachsen ist, lediglich dem Gläubiger zum Vortheile gereicht, nicht

im Einklange steht, da doch der Mandatar bei der grundsätzlichen Unentgeltlichkeit des Mandats von dem Geschäft keinen Vortheil hat. Über den legislativen Grund dieser Abweichung gibt l. 21, C. IV, 35 einige Aufklärung: *In re mandata non pecuniae solum, cujus est certissimum mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit; aliena vero negotia exacto officio geruntur, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* Diesen letzteren Satz umschreibt Hasse[1]) zutreffend in nachstehender Weise: „Eigenes Hauswesen kann im Ganzen Jeder nach Gutdünken verwalten, von seinem Fleisse in diesem ist er in der Regel Niemandem Rechenschaft schuldig; wer aber sich Fremdem unterzieht, wer fremde Geschäfte auf sich nimmt, darf nicht vergessen, dass er im Namen des Anderen handelt, dass er es also so gut machen muss, als nur immer der Andere selbst es hätte machen können; kein Versehen, auch das geringste nicht, kann ihm also hingehen, denn der, an dessen Stelle er getreten, oder ein Dritter, den er sich substituirt, hätte es ja vermeiden können.“ Wer es also durch freiwillig eingegangenen Vertrag übernimmt, eine Thätigkeit an Stelle eines Anderen zu verrichten, der muss die Stelle so ausfüllen, wie es ein *bonus pater familias* thun würde, wenn er aus dem Vertrage auch gar keinen Vortheil ziehen kann und bei schwerer Rechtsfolge

---

[1]) Hasse, Die Culpa des römischen Rechts. 2. Aufl. S. 369.

auch nicht ziehen darf. Es tritt hier nach einer anderen Richtung hin dieselbe Auffassung zu Tage, welche in der früher (S. 33, 34) angeführten Stelle aus der Rede Cicero's *pro Sexto Roscio Amerino* so beredten Ausdruck gefunden hat.

Das römische Recht fasst also die Frage der Haftung beim Mandat nur von dem Standpunkte der freiwilligen Pflichtenübernahme seitens des Mandatars ins Auge und lässt die andere Seite des Verhältnisses, welche es bei der *societas* so scharf hervorhebt, die Auswahl des Mandatars durch den Mandanten (*„quia qui parum diligentem socium sibi adquirit, de se queri debet"*) völlig ausser Betracht. Diese letztere Seite des Verhältnisses muss bei der *negotiorum gestio* nach der Natur der Sache unberücksichtigt bleiben, weil bei dieser eine Auswahl des *negotiorum gestor* durch den Geschäftsherrn überhaupt nicht Platz greift und es entspricht vollkommen diesem Standpunkte, dass nach gemeinem Rechte der *negotiorum gestor* bei seiner Geschäftsführung regelmässig die Sorgfalt eines guten Hausvaters aufzuwenden und daher auch für *levis culpa* zu haften hat[1]). Damit ist es ganz wohl vereinbar,

[1]) Windscheid a. a. O. II, §. 430, 1; Dernburg a. a. O. II, §. 122. Die von Sturm (das *Negotium utiliter gestum* 1878. S. 58 ff., das Grundprincip der *negotiorum gestio,* 1882. S. 11) geäusserte Ansicht, dass der Geschäftsführer nur jene Sorgfalt aufzuwenden habe, „welche der Herr vermuthlich angewandt haben würde", findet in den dafür geltend gemachten Quellenstellen wohl keine ausreichende Stütze und entspricht auch nicht dem Standpunkte des gemeinen Rechtes in dieser Frage. Massgebend bleibt hier wohl die allgemeine Regel im §. 1, J. III, 27: *„Quo casu*

dass im Sinne der freilich sehr verschieden ausgelegten l. 3 § 9, D. III, 5 ein Geschäftsführer ohne Auftrag, der in einem Nothfalle das im Interesse des Geschäftsherrn Nothwendige vorkehrte, nur für *dolus* und *culpa lata* einsteht.

Auch hier mag sowohl in Betreff des Mandats als der Geschäftsführung ohne Auftrag sofort die Übereinstimmung des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches mit dem gemeinen Rechte hervorgehoben werden, die sich darin zeigt, dass in den von den betreffenden Gesetzesstellen (§§. 1302 u. 1347) berufenen allgemeinen Haftungsparagraphen 728 u. 729 ausdrücklich der Grundsatz ausgesprochen wird, dass der an einem obligatorischen Verhältnisse Betheiligte auch dann, wenn er nach der Natur des Verhältnisses keinen Vortheil von demselben hat, in dem Falle auch für geringe Fahrlässigkeit haftet, wenn er fremde Geschäfte besorgt.

Auf einem verschiedenen, für die hier behandelten Fragen sehr bezeichnenden Standpunkte befindet sich das preussische Landrecht. Auch dieses Gesetzbuch anerkennt den Grundsatz der Haftung für *diligentia in concreto* im Ganzen in denselben Rechtsverhältnissen wie das gemeine Recht, so insbesondere bei der Gesellschaft, bei der Vormundschaft, bei der Verwaltung des Kindesvermögens durch den Vater und des

---

ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia".

Vermögens der Ehefrau durch den Gatten[1]), aber es geht noch weiter. Es bestimmt nämlich zunächst in Betreff des Mandats: I, 13, §. 55: „In der Regel ist der Bevollmächtigte bei Vollziehung des Auftrages zu demjenigen Grade des Fleisses und der Aufmerksamkeit, welche er in seinen eigenen Geschäften derselben Art anzuwenden pflegt, verpflichtet." §. 56. „Kann hienach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht ausgemittelt werden, oder hat er den Auftrag gegen Belohnung übernommen, so muss jedes mässige Versehen überhaupt von ihm vertreten werden." In ähnlicher Weise bestimmt ferner das allgemeine Landrecht in Betreff des Verwahrungsvertrages I, 14, §. 11: „In allen Fällen ist der Übernehmer nur verpflichtet, die ihm anvertraute Sache mit eben dem Fleisse zu verwahren, als er bei seinen eigenen Sachen von gleicher Art zu thun pflegt", sowie in Betreff der Verwaltung fremder Sachen und Güter. I, 14, §. 109. Hinsichtlich der Geschäftsführung ohne Auftrag bestimmt dagegen I, 13, §. 245: „Wer sich fremden Geschäften nur in der Absicht, den Vortheil des Eigenthümers dadurch zu befördern, ohne Auftrag unterzieht, muss dabei schon geringes Versehen vertreten." Das allgemeine Landrecht hat daher beim Mandat und auch beim Depositum im Gegensatze zum gemeinen Rechte bei Entscheidung der

[1]) Preuss. Landrecht I, 17, §. 211; II, 18, §§. 275, 276 (geändert durch die Vormundschaftsordnung v. 20. Juli 1875, §. 32); II, 1, §§. 554, 555; II, 2, §. 281 (Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. III, §. 58). Bei der *communio incidens* ist auch für *levis culpa* zu haften. I, 17, §. 58.

Haftungsfrage auf den Umstand der Auswahl des Mandatars, beziehungsweise Depositars durch den Mandanten, rücksichtlich Deponenten das Hauptgewicht gelegt, und hat daher auch in dieser Hinsicht das Mandat in gleicher Weise wie die übrigen, die wirthschaftliche Organisation bezweckenden Rechtsgeschäfte behandelt.

Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch bietet für die zuletzt erörterten Fragen kein Material, da es das Institut der Haftung für *diligentia in concreto* bekanntlich überhaupt verwirft. In einer vielleicht etwas zu weit getriebenen Vereinfachungstendenz bestimmt nämlich §. 1295: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schaden mag durch Übertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag entstanden sein.“ Und der §. 1297 fügt bei: „Es wird .... vermuthet, dass jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleisses und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Wer bei Handlungen, woraus eine Verkürzung der Rechte eines Anderen entsteht, diesen Grad des Fleisses oder der Aufmerksamkeit unterlässt, macht sich eines Versehens schuldig.“ Der Urentwurf hatte diesen Standpunkt noch nicht eingenommen, und namentlich in Betreff des Mandates hatte §. 109 im dritten Theile desselben bestimmt: „Der Gewalthaber ist verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen, und der erhaltenen Vollmacht gemäss, mit der ihm gewöhnlichen Aufmerksamkeit zu besorgen.“ Aber in den Berathungen

bemerkte Zeiller[1]) zu diesem Paragraphen: „Die *culpa in concreto,* worauf hier gedeutet wird, liesse kein sicheres Merkmal zu. Wann weiss der Richter, dass er jene Summe der Handlungen aufgefasst habe, die ihm hierüber einen hinreichenden Aufschluss geben, oder soll er wohl gar den ganzen Lebenswandel eines Menschen zu dem Behufe untersuchen? Der fleissige und geschickte Mann sei bei dieser Bestimmung übler daran, als der träge und unvorsichtige. Wer nicht einmal die gewöhnlichen Fähigkeiten zur Besorgung eines Geschäftes besitzt, soll sich damit nicht befassen, *et qui propriam fatetur turpitudinem, non auditur in jure.*" Von demselben Gedankengange geleitet, führt Zeiller auch in seinem Commentar zu §§. 1296—1298 aus[2]): „Aus dieser Rechtsregel erkennen wir, dass der schuldige Fleiss des Beschädigers nicht nach seiner gewöhnlichen Handlungsweise in seinen eigenen Geschäften (*diligentia in concreto,* welche dem Richter beinahe unerforschlich ist und wobei der gewöhnliche achtsame Bürger übler als der unachtsame davon käme), sondern nach den gewöhnlichen Fähigkeiten der Einwohner überhaupt zu beurtheilen sei; wobei der Richter theils auf sein eigenes inneres Bewusstsein, theils auf die durch den Gemeinsinn und das allgemeine Betragen der Mitbürger gegebene, äussere Erfahrung Rücksicht nehmen wird."

Zwar nicht geradezu ablehnend, wie das öster-

[1]) Ofner, Jul., Die Berathungs-Protokolle des österr. allg. bürgerl. Gesetzbuches, Wien 1889, Bd. II, S. 185.

[2]) Zeiller, Commentar über das allg. bürgerl. Gesetzbuch, Bd. III, Abth. 2, S. 711.

reichische bürgerliche Gesetzbuch gegenüber der Haftung für *diligentia in concreto*, enthält doch auch der Code civil keine so ausdrückliche Anerkennung dieser Art der Haftung, wie diess im gemeinen Rechte oder im preussischen Landrechte der Fall ist. Die Tendenz des französischen Gesetzbuches geht ja bekanntlich überhaupt dahin, dem Richter in Beurtheilung des zum Schadensersatze verpflichtenden Grades des Verschuldens möglichst freie Hand zu lassen. Im Allgemeinen schreibt Art. 1137 vor: *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. — Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.* Und Art. 1147: *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.* Ausnahmsbestimmungen, wie sie von Art. 1137 angekündigt werden, finden sich beispielsweise in Betreff des Mandats im Art. 1992: *Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.*

Ferner in Betreff der *negotiorum gestio* im Art. 1374: *Il* (scil. der Geschäftsführer) *est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. — Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant.* Endlich beim Depositum im Art. 1927: *Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent,* wozu freilich Art. 1928 wieder einschränkend beifügt: *La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur, 1° si le dépositaire s'est offert lui même pour recevoir le dépôt; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt; 3° si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire; 4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute.* Alle diese Vorschriften haben selbstverständlich zu den mannichfachsten Erörterungen der Commentatoren und zu verschiedenen richterlichen Entscheidungen Anlass gegeben. Auch für den Gesellschaftsvertrag wird ungeachtet der principiellen Bestimmung des Art. 1850: *„Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute"* im Anschlusse an die mit der gemeinrechtlichen übereinstimmende Lehre Pothier's[1]) vielfach, so beispielsweise von Duranton und Troplong die Anwendbarkeit des gemeinrechtlichen Grundsatzes auch für das französische Recht

---

[1]) *Pothier, traité du contrat de société, chap. 7, art. 1, §. 3.*

vertreten, während andere Schriftsteller der entgegengesetzten Meinung sind oder eine Mittelmeinung vorbringen[1]).

Es mag an dieser Stelle darauf verwiesen werden, dass die Frage der Haftung für *culpa in concreto* auch auf dem Gebiete des anglo-amerikanischen Rechtes zu analogen Erörterungen Anlass gegeben hat und verdienen in dieser Beziehung namentlich die sehr interessanten Ausführungen des Amerikaners Wharton[2]), in welchen er den Bestand dieser Art der Haftung für das genannte Rechtsgebiet untersucht und namentlich für die *partnership (societas)* darthut, alle Aufmerksamkeit.

Auch die neuesten Gesetzbücher anerkennen den Begriff der *culpa in concreto,* wenngleich dieselben im Ganzen geneigt sind, auf dem Gebiete der Haftung für das Verschulden und der verschiedenen Grade desselben dem Richter freiere Bewegung einzuräumen und es an einer principiellen Behandlung der Frage, in welchen Fällen nach der Natur der Sache bei der Beurtheilung der Haftung ein subjectiver, und nicht ein objectiver Massstab in Anwendung zu bringen sei, fehlt. So findet sich in dem schweizerischen Gesetzbuche über das Obligationenrecht neben der allgemeinen Bestimmung des Art. 113, wonach der Schuldner im Allgemeinen für jede Fahrlässigkeit haftet und seine Haftung insbesondere milder beurtheilt wird, wenn das Geschäft für ihn keinerlei Vortheil bezweckt, im Titel über die „einfache Gesellschaft" die Vorschrift des Art. 538,

---

[1]) *Laurent, F., Principes de droit civil, Bd. 26, n. 253. Pont, Sociétés civiles et commerciales* zu Art. 1850, S. 248.

[2]) *Francis Wharton, A treatise on the law of negligence. Philadelphia 1874, §§. 54, 69, 516, 741.*

dass der Gesellschafter verpflichtet ist, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen anzuwenden pflegt. Ähnliche Bestimmungen enthält das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, welches neben der allgemeinen Vorschrift des §. 276, wonach der Schuldner, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat und fahrlässig derjenige handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt, die Haftung für *diligentia in concreto*, welche nach §. 277 von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit, für den unentgeltlichen Verwahrer (§. 690), für die Gesellschafter (§. 708), ferner für die Ehegatten (§. 1359) und für die Eltern bei Ausübung der elterlichen Gewalt (§§. 1664, 1686) festsetzt.

Überblickt man die bisher angeführten gesetzlichen Vorschriften über die Frage der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Haftung für *culpa in concreto*, so wird man wohl des Eindruckes sich nicht erwehren können, dass die verschiedenen Gesetzgebungen, welche diese Art der Haftung aus dem römischen Rechte — bald mit Erweiterung, bald mit Einschränkung ihres Anwendungsgebietes — übernommen haben, diess mehr aus Gründen historischer Continuität, als aus selbstständigen Erwägungen der Gesetzgebungspolitik gethan zu haben scheinen. Mit Ausnahme des preussischen Landrechtes, welches den Gedankengang der römischen Juristen wieder aufzunehmen und fortzubilden suchte, haben die übrigen hier in Frage kommenden Gesetzgebungen sich darauf beschränkt, den ausgetretenen

gemeinrechtlichen Pfaden mehr oder weniger weit nachzufolgen. Und es lässt sich ja sicherlich nicht leugnen, die Entscheidungen der grossen römischen Juristen enthalten ein solches Mass legislativ-politischer Gedankenarbeit, dass es den unbefangenen Beobachter mit Bewunderung erfüllen muss und dass hiedurch die Möglichkeit geboten war, durch die Jahrhunderte seit der Reception damit das Auslangen zu finden. Unsere Zeit freilich mit ihrer in alle bisherigen Verhältnisse tiefeingreifenden, sich überstürzenden wirthschaftlichen Entwicklung muss allmälich sich auch daran gewöhnen, ihre Gesetzgebungspolitik nach eigenen, selbstständigen, von den historisch überkommenen Rechten unabhängigen, aus der Neugestaltung aller wirthschaftlichen Verhältnisse abstrahirten Gedanken zu gestalten.

Mit Rücksicht auf das Gesagte muss es gewiss unsere besondere Aufmerksamkeit erregen, dass das gemeine Recht und die dem Vorbilde desselben folgenden Gesetzgebungen den Grundsatz der Haftung für *diligentia in concreto* nur bei solchen Rechtsverhältnissen eintreten lassen, welche früher als zu den Rechtsverhältnissen der wirthschaftlichen Organisation gehörig bezeichnet wurden[1]). Freilich ist diess nicht hinsichtlich

[1]) Eine Ausnahme bildet in einigen Gesetzgebungen, welche den Grundsatz des römischen Rechtes in Betreff der minder strengen Haftung jenes Vertragstheiles, der nach der Natur des Verhältnisses keinen Vortheil aus demselben hat, nicht angenommen haben, wie beispielsweise der Code civil oder das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, die Festsetzung der Haftung für *diligentia in concreto* beim unentgeltlichen *depositum*, welches nicht zu den Rechtsgeschäften der wirthschaftlichen Organisation gerechnet

aller der bezeichneten Rechtsverhältnisse der Fall, es finden sich diessfalls in den einzelnen Gesetzgebungen sogar weitgehende Unterschiede und für ein sehr wichtiges der hieher gehörigen Rechtsverhältnisse wird der Grundsatz des subjectiven Haftungsmassstabes in gar keiner der angeführten Gesetzgebungen anerkannt, nämlich für das Verhältniss des Beamten zu seinem Dienstherrn. Darin liegt aber nichts überraschendes, denn gerade dieses Verhältniss hat erst in der neueren Zeit zugleich mit seiner weiten Verbreitung und inneren Fortbildung eingehendere juristische Untersuchung erfahren. Die hierauf bezüglichen Bestimmungen des römischen Rechtes sind der Natur der Sache nach noch sehr wenig zahlreich und nicht principiell durchgebildet und das Vorbild des römischen Rechtes konnte daher auf diesem Rechtsgebiete für die weitere Rechtsentwicklung nicht in solcher Weise massgebend sein, wie es im Obligationenrechte sonst der Fall ist. Über die Rechtsentwicklung auf diesem Gebiete enthält eine sehr interessante Abhandlung von Freund über „die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen“ [1]) sehr reichhaltige Mittheilungen, deren Resultat der Verfasser selbst dahin zusammenfasst, dass für das römische und französische Recht die

---

werden kann. Doch fällt diese Ausnahme nicht ins Gewicht, weil durch die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen nur die Unbilligkeit vermieden werden soll, welche darin gelegen ist, dem unentgeltlichen Depositar die Haftung für *omnis culpa* aufzuerlegen.

[1]) Laband u. Stoerk, Archiv für öffentliches Recht, Bd. I, S. 361 ff., 385.

Stellung des Beamten bezüglich seiner Haftung aus gesetzwidrigen Amtshandlungen keine rechtlichen Besonderheiten bewirkt, während dieselbe im preussischen Rechte eine Verschärfung, im sächsischen eine Abmilderung der Verantwortlichkeit gegenüber den allgemeinen Grundsätzen über die Delictsklagen zur Folge hat. Man kann bei der Prüfung des von Freund angeführten Gesetzesmateriales aber auch die Beobachtung machen, dass jene Unterscheidung, welche für die gegenwärtige Untersuchung von entscheidender Bedeutung ist, nämlich die Unterscheidung zwischen der Haftung des Beamten nach innen, nämlich gegenüber dem Dienstherrn auf Grund des zwischen beiden bestehenden Vertragsverhältnisses, und nach aussen gegenüber dritten Personen in den betreffenden gesetzlichen Vorschriften regelmässig ganz unberücksichtigt bleibt. Für das gemeine Recht wird von Windscheid[1]) unter Hinweis auf die von den römischen Gemeindebeamten handelnde l. 6 D. L. 8 die Ansicht vertreten, dass die Haftung der Beamten dem Dienstherrn gegenüber sich auf alle Nachlässigkeit erstrecke und zur Begründung angeführt, dass die Übernahme des Amtes freiwillig ist und daher der Milderungsgrund, welcher sich bei der Vormundschaft geltend macht, hier wegfällt. Laband[2]) constatirt, dass über die Frage, inwiefern der Beamte für eine Verletzung der ihm obliegenden Sorgfalt hafte, das

[1]) Windscheid, Pandekten II, §. 448. Die l. 6 D. L, 8 bestimmt: *Magistratus rei publicae non dolum solummodo, sed et latam negligentiam et hoc amplius etiam diligentiam debent.*

[2]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd. I, §. 48.

Reichsbeamtengesetz nichts bestimmt habe und dass daher nach §. 19 desselben die Grundsätze der Particularrechte zur Anwendung gelangen. Nach diesen hafte der Beamte zwar überall für *dolus* und *lata culpa*; inwieweit er aber auch für mässiges oder geringes Versehen einsteht, sei in den einzelnen Particularrechten sehr verschieden bestimmt. Jetzt bestimmt §. 893 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches: „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen," und scheint damit die Regelung der Haftungsfrage zwischen Beamten und Dienstherrn aus seinem Bereiche auszuscheiden, zumal Art. 80 des Einführungsgesetzes ganz allgemein festsetzt: „Unberührt bleiben, sofern nicht in dem bürgerlichen Gesetzbuche eine besondere Bestimmung getroffen ist, die landesgesetzlichen Vorschriften über die vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten aus dem Amts- oder Dienstverhältnisse, mit Einschluss der Ansprüche der Hinterbliebenen." Die Rechtsentwicklung ist daher in dieser Frage auch jetzt noch nicht zu definitiven, allgemein anerkannten Resultaten gelangt.

Auf Grund der vorstehenden Erörterungen können wir vielleicht durch die nachstehende Betrachtung zu einigen allgemeineren Gesichtspunkten gelangen.

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei der rechtlichen Beurtheilung der Beziehungen der Menschen zu einander vielfach Durchschnittsmassstäbe zur

Anwendung gelangen müssen. Als das allererste Postulat an das Gesetz und die Rechtsprechung gilt — und gewiss mit vollem Rechte — Objectivität und Unparteilichkeit; daraus folgt aber unmittelbar die Nothwendigkeit der Anwendung von objectiven — also namentlich von Durchschnittsmassstäben. Ich habe seinerzeit diese Sachlage für ein anderes als das hier behandelte Gebiet darzustellen versucht. Am Schlusse meiner Untersuchung der Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden[1]) wird ausgeführt, dass, so verschieden auch der Rechtszustand in Betreff dieser Frage in den einzelnen Rechtsgebieten sich gestaltet, in einer Hinsicht doch eine gewisse Übereinstimmung zu bestehen scheint, nämlich darin, dass die Verpflichtung zur Leistung eines Schadensersatzes, beziehungsweise zur Tragung eines verhältnissmässig grösseren Antheiles an einem entstandenen Schaden in der Regel durch eine Abweichung von dem Gewöhnlichen, dem Mittleren bedingt wird. „Wer ungewöhnliche Berechtigungen für sich in Anspruch nimmt; wer nicht so aufmerksam ist, als Menschen seines Standes gewöhnlich sind; wer ungewöhnlich gefährliches Eigenthum hat; wer Unternehmungen betreibt, welche mit ungewöhnlichen Gefahren verbunden sind oder eine ungewöhnliche Ausdehnung haben; wer endlich ungewöhnlich grosses oder gefährdetes Vermögen besitzt und schon aus diesem Grunde grössere Gefahr läuft, als Andere, der wird auch in höherem Masse zur Ersatzleistung oder Schadentragung herangezogen.“ Des-

[1]) Op. cit. Wien 1888, S. 92.

gleichen mag auf die von hervorragenden Rechtslehrern[1]), namentlich für das Gebiet des Nachbarrechtes vertretene Ansicht hingewiesen werden, wonach, abgesehen von unmittelbaren Eingriffen in eine fremde Rechtssphäre, welche mit dem Gebrauch eines eigenen Rechts verbunden sind, auch mittelbare Eingriffe als unstatthaft angesehen werden müssen, wenn die aus denselben entspringende Beschädigung oder Belästigung das Mass des Gewöhnlichen und Ortsüblichen übersteigt.

In zahlreichen Fällen wird übrigens die Anwendung solcher Massstäbe im Gesetze geradezu vorgeschrieben. Hieher gehört es beispielsweise, wenn — um nur einen oder den anderen Fall anzuführen — das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im §. 922 vorschreibt, dass, wenn jemand eine Sache auf eine entgeltliche Art einem Anderen überlässt, er dafür Gewähr leistet, dass sie die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften habe, oder wenn das deutsche Handelsgesetzbuch, dem Vorbilde des preussischen Landrechtes[2]) folgend, im Art. 335 verordnet: „Ist im Vertrage über die Beschaffenheit und Güte der Waare nichts Näheres bestimmt, so hat der Verpflichtete Handelsgut mittlerer Art und Güte

[1]) Ihering in den Jahrbüchern für die Dogmatik des Privatrechtes, Bd. VI, S. 118 ff.; Bd. X, S. 315 ff. Unger in der Ztschrft. für das Privat- und öffentl. Recht, Bd. XIII, S. 715 ff.

[2]) Th. I, Tit. 5, §. 275: Ist eine bloss nach ihrer allgemeinen Gattung bezeichnete Sache *(genus)* versprochen worden, so muss eine Sache von mittlerer Art und Güte gegeben werden.

zu gewähren. Zu diesen objektiven Massstäben gehört nun auch die Diligenz des *bonus pater familias* mit allen ihren Varianten und Abarten, von welchen einige Beispiele bereits früher (S. 57) angeführt wurden, und worauf an dieser Stelle nur neuerlich verwiesen werden mag.

Die Nothwendigkeit und Gerechtigkeit der Anwendung solcher Massstäbe ergibt sich bei näherer Betrachtung der einschlägigen Rechtsverhältnisse von selbst. Bei den Verträgen, deren Inhalt den Austausch wirthschaftlicher Güter bildet, hat jeder vertragschliessende Theil das Recht, den Gegenwerth des von ihm hingegebenen Gutes zu fordern. Entsteht darüber Streit und enthält über das, was gegenseitig zu leisten ist, nicht der Vertrag selbst die erforderlichen näheren Bestimmungen, so erübrigt, um Unrecht zu vermeiden, nichts Anderes, als die versprochene Leistung nach einem möglichst objektiven, einem mittleren, einem Durchschnittsmassstabe zu fixiren. Das gilt ebensowohl von der Leistung von Sachgütern, als von der Leistung von Arbeiten, sowie von der bei der Leistung zu prästirenden Sorgfalt. Dabei ist mit dem vollzogenen Güteraustausche das Vertragsverhältniss erschöpft; das Interesse der Parteien ist lediglich dahin gerichtet, für die eigene Leistung möglichst viele und möglichst vorzügliche Güter im Austausch zu erlangen und jeder sucht dabei seinen Vortheil — wenn auch zum Schaden des anderen Vertragstheiles — nach Kräften zu wahren, lediglich beschränkt durch etwaige gegen Ausbeutung eines Vertragstheiles durch den Andern erlassene Vorschriften des positiven Rechts.

Ein hievon völlig verschiedenes Bild bieten die von mir so genannten Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation.

Wenn bei diesen, wie früher gezeigt wurde, in den Beziehungen der Contrahenten zu einander die Wahrung von Treu und Glauben gefordert, die Verfolgung des eigenen Vortheiles auf Kosten des Vertragsgenossen ausgeschlossen, ja in vielen Fällen sogar mit Strafe bedroht wird, dann kann der so beschränkte Vertragsgenosse wohl auch mit Grund verlangen, dass bei der Beurtheilung seiner eigenen Leistungen ein anderer als der Massstab des gewöhnlichen Güteraustausches angelegt, dass auch ihm gegenüber Billigkeit beobachtet werde und man nicht von ihm Leistungen verlange, welche er nach seinen subjektiven Anlagen vielleicht gar nicht zu prästiren im Stande ist. Wie früher dargethan wurde, erschöpfen sich die hier in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse nicht in einzelnen Tauschleistungen, sie beschränken sich in grosser Regel nicht auf ver einzelte Berührungen der Vertragsgenossen untereinander, sie repräsentiren vielmehr mehr oder weniger organische Beziehungen der Vertragsgenossen zu einander und haben deren gegenseitige Ergänzung zum Zwecke. In einem organischen Gebilde aber müssen sicherlich einerseits die Glieder des Organismus, welche einen einheitlichen Zweck verfolgen, einander gegenüber Treue wahren und dürfen nicht ihren Privatvortheil — vielleicht sogar auf Kosten der Übrigen — verfolgen. Ein solches Vorgehen stände im Widerspruche mit dem Wesen und Zwecke der Organisation und müsste ihren Untergang zur Folge haben. Andererseits

aber muss sich jeder Organismus auch mit den besonderen subjektiven Eigenschaften jedes seiner Glieder, seiner Zellen abfinden; er kann nicht von ihnen Leistungen verlangen, welche sie nach ihrer natürlichen Beschaffenheit nicht prästiren können; es erübrigt ihm nur, solche Glieder, die seinem Zwecke nicht entsprechen, entweder nicht aufzunehmen, oder sie — falls diess noch möglich ist — wieder auszuscheiden. Die Leistungen der Theilnehmer an einem Rechtsverhältnisse der wirthschaftlichen Organisation sind eben nicht Leistungen des Güteraustausches, die im Prinzipe objektiv äquivalent sein sollen, sie sind gegenseitige Leistungen der Glieder desselben Organismus, hinsichtlich welcher im Interesse der Förderung des gemeinsamen Zweckes gefordert werden muss, dass jeder sein subjektiv Bestes — aber eben auch nur das — leiste und diesem Gedankengang entspricht der Begriff der *diligentia in concreto*, wonach der hiezu Verpflichtete in dem betreffenden Rechtsverhältnisse soviel zu leisten hat, als er unter dem mächtigen Triebe des Egoismus in seinen eigenen Angelegenheiten zu leisten pflegt.

Bei vollkommen durchgreifender Anwendung des erwähnten subjektiven Massstabes würde man freilich auch zu der Folgerung gelangen, dass von einem aussergewöhnlich erfahrenen und gewissenhaften Menschen, welcher diese besonderen Eigenschaften in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, in den erwähnten Rechtsverhältnissen auch bei der Besorgung fremder Angelegenheiten ein grösseres Mass von Sorgfalt als die gewöhnliche *diligentia* beansprucht werden müsse und in der That ist diese Folgerung auch für das

gemeine Recht bereits vertreten worden[1]). Das moderne gemeine Recht hat sich aber dieser Ansicht nicht angeschlossen und ebenso wie Hasse, der die von ihm citirte Meinung Brückners bekämpft, lehren beispielsweise auch Mommsen[2]) und Windscheid, dass das Einstehen für relative Sorgfalt eine Milderung der Haftung wegen gewöhnlicher Nachlässigkeit sei und dass daher, wer für relative Sorgfalt haftet, nie mehr zu leisten brauche, als die Sorgfalt eines ordentlichen Mannes. Diese Auffassung der Sache entspricht gewiss nicht der strengen Consequenz, welche aus der Anwendung eines subjektiven Massstabes der Sorgfalt sich ergeben würde; sie findet aber ihre Rechtfertigung in praktischen Erwägungen und namentlich in der Natur jener Rechtsverhältnisse, bei welchen das römische Recht den Massstab der *diligentia in concreto* in Anwendung bringt, insofern aus diesen Rechtsverhältnissen für den zur Sorgfalt Verpflichteten ein Vermögensvortheil entweder gar nicht oder doch nur in beschränktem Umfange entspringt, theilweise sogar eine Verpflichtung zum Eintritte in diese Rechtsverhältnisse vorliegt und daher allzugrosse Strenge gegen den Verpflichteten nicht billig erschiene.

V. Zusammenfassung.

Fassen wir nunmehr die für unsere Untersuchung in Betracht kommenden Organisationen näher in's Auge, so können wir wahrnehmen, dass dieselben in ihrer

---

[1]) Siehe den bei Hasse a. a. O. S. 146 citirten Brückner *de culpa quae concretive, pag. 32 init.*

[2]) Mommsen a. a. O. S. 376; Windscheid a. a. O. Bd. II, §. 265, A. 15.

Struktur grosse Verschiedenheiten zeigen, welche mit dem Inhalte der ihnen als Grundlage dienenden Rechtsgeschäfte innig zusammenhängen. Es lassen sich in dieser Hinsicht geradezu gewisse Typen aufstellen, von welchen ohne die Absicht einer durch die Vielgestaltigkeit des Verkehrs auch kaum erreichbaren vollständigen Aufzählung einige hier charakterisirt werden sollen.

Eine und zwar eine sehr wichtige Form dieser Organisationen ist die Verbindung selbstständiger Subjekte zur Erreichung eines wirthschaftlichen Zweckes. Es handelt sich dabei um eine Vereinigung von im Wesentlichen gleichberechtigten Subjekten, um eine Nebennicht um eine Unterordnung. Die typische Vertragsform für diese Art der Organisation ist die *societas*. Dieses Wesen der *societas* als einer Association gleichberechtigter Subjekte empfand das römische Recht so lebhaft, dass es sogar zu einem Verbote der sogenannten *societas leonina*[1]) sich veranlasst sah. Die Arten, Zwecke und Grösse dieser Form der wirthschaftlichen Organisation, der Association, sind natürlich überaus mannigfaltig, aber das erwähnte typische Merkmal bleibt überall dasselbe, gleichviel ob es sich um eine

[1]) l. 29 §. 2 D. XVII, 2: *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse .... iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.* Das preuss. Landrecht (I, 17, §. 245) bestimmt: Ein Abkommen, wodurch einem der Gesellschafter aller Schaden, dem anderen aller Vortheil allein angewiesen wird, ist nach den Regeln von Schenkungen zu beurtheilen.

gemeine oder um eine Handelsgesellschaft, um eine Productivassociation oder um ein Cartell oder Syndicat handelt. Wohl aber verdient ein Punkt an dieser Stelle besondere Hervorhebung. Die früher angeführten auf die *societas* bezüglichen Rechtssätze, welche als dem Wesen eines Vertrages der wirthschaftlichen Organisation entsprechend dargethan wurden, haben nämlich nur dann Geltung, wenn es sich in der That um eine Association von Personen zur Erreichung eines wirthschaftlichen Zweckes und nicht bloss um eine Vereinigung von Kapitalien, um eine sogenannte Kapitalsassociation handelt. Dieser Gegensatz gelangt beispielsweise im deutschen Handelsgesetzbuche zu sehr deutlichem Ausdrucke. Bekanntlich bestimmt Art. 96 in Betreff der offenen Gesellschaft, dass ein Gesellschafter ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte machen, noch an einer anderen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter Theil nehmen kann. Laut Art. 157 und 159 findet diese Bestimmung wohl auch auf die persönlich haftenden Gesellschafter einer Commanditgesellschaft, keineswegs aber auf die Commanditisten Anwendung. In Betreff der Gesellschafter einer Actiengesellschaft, also der typischen Kapitalsassociation, nämlich der Actionäre ist von einer solchen Beschränkung selbstverständlich nicht die Rede. Bei den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften findet sich dagegen in §. 66 des deutschen Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889 wieder die Bestimmung, dass ein Genosse wegen der Mitgliedschaft in einer anderen Ge-

nossenschaft, welche an demselben Orte ein gleichartiges Geschäft betreibt und wenn es sich um einen Vorschuss- und Creditverein handelt, auch dann, wenn der andere derartige Verein sein Geschäft nicht an demselben Orte betreibt, zum Schlusse des Geschäftsjahres aus der Genossenschaft ausgeschlossen werden kann. Der Art. 93 des Handelsgesetzbuches normirt die Ersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber dem öffentlichen Gesellschafter für die von ihm bestrittenen Auslagen und erlittenen Verluste und Art. 94 stellt in Betreff seiner Haftung den Massstab der *diligentia in concreto* fest. Diese Bestimmungen gelten laut Art. 157 auch für die persönlich haftenden Gesellschafter einer Commanditgesellschaft und nach Art. 167 wohl auch für den Commanditisten, der für die Gesellschaft Geschäfte schliesst, ohne ausdrücklich zu erklären, dass er nur als Procurist oder als Bevollmächtigter handle, aber nach Art. 196 Abs. 3 nicht mehr für den Commanditactionär und gewiss auch nicht für den Actionär überhaupt. Zu ganz analogen Beobachtungen gibt das schweizerische Gesetzbuch über Obligationenrecht Gelegenheit. Es ergibt sich hieraus die Consequenz, dass je mehr die *societas* aufhört, ein Verhältniss zwischen Personen zu sein und bloss eine Vereinigung von Kapitalien repräsentirt, deren Eigenthümer der Gesellschaft gegenüber vollständig in den Hintergrund treten und auf die Geschäftsgebahrung derselben unmittelbar gar keinen Einfluss nehmen, — umsomehr dieselbe aus der Reihe der den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung bildenden Rechtsgeschäfte ausscheidet, und sich den Güteraustauschverträgen nähert. Es ist für diese

Sachlage gewiss sehr bezeichnend, dass sich der Eintritt als Actionär in eine Actiengesellschaft nach den heutigen Verkehrsverhältnissen regelmässig durch den Kauf, der Austritt aus der Gesellschaft durch den Verkauf der Actien, also durch den typischen Güteraustauschvertrag vollzieht und wird dadurch der beste Beweis dafür geliefert, wie wenig das Verhältniss der Actionäre untereinander die Bezeichnung eines organischen verdient Es wird auch von keiner Seite behauptet, dass ein Actionär zu seiner Gesellschaft in irgend welchem Treueverhältniss stehe, dass er nicht berechtigt sei, sich bei Vertragsabschlüssen mit ihrem Schaden zu bereichern oder sonstwie verpflichtet sei, Rücksichten gegen sie zu beobachten, z. B. ihre Actien nicht zu contreminiren, ihr keine Concurrenz zu machen u. s. w. sofern er nur all das in seinem Privatinteresse gelegen erachtet. Ja selbst der Kauf von Actien hat heutzutage in viel selteneren Fällen den Zweck der dauernden Betheiligung an einem Unternehmen, als vielmehr die Natur eines Speculationskaufes, wenn nicht gar einer Wette.

Eine zweite Hauptform der erwähnten Organisationen ist die Vertretung des Subjektes der Wirthschaft durch eine andere Person. Diese Vertretung kann eine allgemeine oder auf bestimmte Kategorien oder auch nur auf einzelne Rechtshandlungen beschränkte sein; sie kann durch den freien Entschluss der vertretenen Person herbeigeführt, also in diesem Sinne eine freiwillige, aber auch eine nothwendige sein, wenn das Subjekt der Wirthschaft entweder eine aus irgend welchem Grunde ganz oder nur theilweise handlungsunfähige physische oder eine juristische Person ist,

welche letztere nach der Natur der Sache stets der Vertretung bedarf; sie kann eine durch den Vertreter frei übernommene oder demselben durch die berufene Behörde als öffentliche Pflicht übertragene, sie kann eine vorübergehende oder dauernde, sie kann einer einzelnen Person für sich allein oder mehreren collektiv übertragen sein, — in all' diesen Fällen handelt es sich um eine Ergänzung des Subjektes der Wirthschaft, sei diess ein Einzelner oder eine Gesammtheit von Personen, eine Corporation oder ein durch die Gesetzgebung als Person behandeltes Vermögen, in dem Sinne, dass für dieses Subjekt und mit Wirkung für dasselbe ein Anderer in rechtlicher Beziehung handelnd auftritt. Diese Form der Organisation stellt sich gegenüber dritten ausserhalb der Organisation stehenden Personen juristisch als Vollmacht oder als gesetzliche Vertretung dar; nach innen, also im Verhältnisse zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, welches für die Struktur der Organisation in erster Linie in Betracht kommt, kann sie auf verschiedenen Rechtsverhältnissen beruhen, für welche aber das Wesen und die Grundsätze des Mandats typisch sind. Es gehören hieher ausser dem Mandat und der *negotiorum gestio* die Verhältnisse des Ehegatten, Vaters und Vormundes, soweit sich dieselben auf die Verwaltung des Vermögens der Ehegattin, Kinder und Mündel beziehen, die verschiedenen Formen der Curatel und Pflegschaft in der analogen Beziehung auf die Vermögensverwaltung, das Verhältniss des Concursverwalters, alle die mannigfaltigen auf Gesetzen, behördlichen Anordnungen, Statuten oder Verträgen beruhenden Rechtsverhältnisse zwischen juristischen

Personen und den zu ihrer Vertretung in privatrechtlicher Beziehung nach aussen berufenen Organen und noch manche andere analoge Verhältnisse. Ob diese Verhältnisse zwischen Vertretenen und Vertretern entgeltlich oder unentgeltlich sind, ist für das Wesen der Organisation nicht entscheidend. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat zwar, wie bereits Eingangs hervorgehoben wurde, in §. 662 bestimmt: „Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen," und hat dadurch das entgeltliche Mandat in die Kategorien des Dienst- oder des Werkvertrages eingereiht. Damit ist aber sehr wenig geändert, da laut §. 675 auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Auftrag mit ganz unwesentlichen Modificationen zur Anwendung zu gelangen haben. An dieser Stelle mag es übrigens dahin gestellt bleiben, ob denn auch alle im Gesetzbuche über den Dienst- oder Werkvertrag enthaltenen Vorschriften auf das entgeltliche Mandat passen und was im anderen Falle zu geschehen habe.

Eine dritte Hauptform der gedachten Organisationen endlich ist die organische Ergänzung des Subjektes der Wirthschaft durch demselben untergeordnete Hilfskräfte. Das Hauptgewicht liegt hier auf den Merkmalen der organischen Ergänzung und der Unterordnung, denn unter diese Kategorie gehört durchaus nicht etwa jede Heranziehung der Arbeit anderer Personen seitens des Subjektes der Wirthschaft. Im Gegentheile, der

Arbeitsvertrag, die *locatio conductio operis* und *operarum*, der Dienst- und der Werkvertrag sind als solche ihrem Wesen nach Güteraustauschverträge und haben mit den Organisationsverträgen nichts gemein. Hier handelt es sich dagegen um den organischen Arbeitsvertrag, dessen Typus der sogenannte Beamtenvertrag ist.

Über diesen letzteren Vertrag nun, seine Natur und seinen wesentlichen Inhalt habe ich in meinem früher angeführten Vortrage „Erwerb und Beruf" bereits des Näheren gehandelt und insbesondere dargethan, in wie zahlreichen Fällen die zunächst dem Staatsbeamtenthum eigenthümliche Arbeitsorganisation auch in anderen Berufskreisen Anwendung findet und zufolge der neueren wirthschaftlichen Entwicklung sich weiter verbreitet, in welch' letzterer Hinsicht namentlich auf das Wachsthum des Berufsbeamtenthums der öffentlichen Corporationen durch Vermehrung ihrer Aufgaben, auf die Ausbreitung des sogenannten Privatbeamtenthums und auf die Versuche einzelner Unternehmer zur berufsmässigen Organisation ihrer Arbeiterschaft hingewiesen wurde.[1]) Ich kann mich an dieser Stelle im Ganzen mit der Berufung auf diese Ausführungen, sowie auf die ebendort gegebene Erörterung des wesentlichen Inhaltes des Beamtenvertrages und seiner charakteristischen rechtlichen Merkmale begnügen. Nur auf zwei Punkte will ich der Vollständigkeit und der leichteren Übersicht wegen an der Hand der hierauf bezüglichen Ausführungen Laband's in seinem Staatsrechte des deutschen Reichs hier neuerlich hinweisen, nämlich dass

[1]) Steinbach a. a. O. S. 28 ff., 38 ff., 13 ff.

der Beamtenvertrag keine Dienstmiethe ist, sondern ein Gewaltverhältniss des Dienstherrn, eine besondere Gehorsams-Treue- und Dienstpflicht des Beamten, und eine Pflicht des Dienstherrn zum Schutze und zur Gewährung des zugesicherten Diensteinkommens begründet, und ferner, dass die Besoldung keine Lohnzahlung ist, wie sie der Dienstmiethe entspricht, sondern eine mit der Verwaltung des Amtes verbundene Rente, dass sich die Höhe dieser Rente nicht nach dem Masse oder der Schwierigkeit der Arbeit bestimmt und nicht nach dem Umfange der Geschäfte wechselnd ist, sondern nach der socialen Stellung, welche der Träger eines Amtes einnimmt, sich richtet, dass die Besoldung demnach eine standesgemässe Alimentation des Beamten ist. Der Beamtenvertrag ist also — und das ist für die gegenwärtige Untersuchung das Wesentliche — kein auf dem Gedanken der Äquivalenz der gegenseitigen Leistungen beruhender Güteraustauschvertrag, sondern ein Organisationsvertrag in dem hier gebrauchten Sinne dieses Wortes.

Die nähere Betrachtung der verschiedenen Gestaltungen des heutigen Rechtslebens zeigt nun freilich, dass die hier in Betracht kommenden Verhältnisse in jenen Fällen, wo es sich nicht um das Beamtenthum der grossen öffentlichrechtlichen Corporationen, des Staates, der Länder und der grossen Gemeinden, sowie um die Stellung der Officiere und der Seelsorger anerkannter Kirchen und Religionsgesellschaften handelt, also insbesondere in den Gebieten, in welche die Grundsätze des Beamtenvertrages erst in neuerer Zeit einzudringen und sich zu verbreiten beginnen, nämlich in

Betreff der sogenannten Privatbeamten — etwa mit Ausnahme der Beamten grosser Privatdomänen, wo vielfach schon seit langer Zeit ein eigentliches Beamtenthum besteht — und der Arbeiter sehr häufig nicht auf der consequenten Durchführung eines und desselben Principes beruhen, sondern als Misch- und Übergangsformen zwischen dem Wesen der *locatio conductio operarum* und dem Beamtenvertrag sich darstellen, in welchen die denkbar verschiedensten Combinationen zwischen den Elementen der beiden genannten Vertragstypen durchzuführen versucht wird, denen aber freilich oft genug das Wahrzeichen der praktischen Undurchführbarkeit und Erfolglosigkeit von vornherein aufgeprägt ist. Die Entstehung von Mischformen zwischen den Gebilden der Güteraustausch- und der Organisationsverträge ist freilich schon dadurch bedingt, dass es sich als nothwendig herausgestellt hat, Personen, welche im Betriebe eines Unternehmens beschäftigt werden und zu dem Unternehmen im Verhältnisse eines Dienst-, also eines Güteraustauschvertrages stehen, auch zur Vertretung des Unternehmers als Mandatare heranzuziehen, oder umgekehrt Bevollmächtigten des Unternehmers, welche ihre aus diesem Vertragsverhältnisse entspringende Thätigkeit in hohem Masse in Anspruch nimmt, hiefür ein ständiges Entgelt zuzugestehen und sie hiedurch auch in das Verhältniss eines Dienstvertrages zu bringen. Jedes solche Verhältniss musste in der praktischen Durchführung nothwendiger Weise zu gewissen Schwierigkeiten führen, weil eben das Wesen der beiden Vertragsverhältnisse ein so verschiedenes ist, nämlich in der *locatio conductio* ein dem Gebiete des

wirthschaftlichen Kampfes angehöriges, auf dem Streitverhältnisse zwischen Angebot und Nachfrage beruhendes, im Mandate dagegen ein auf gegenseitiger Treue und Vertrauen basirendes Vertragsverhältniss. Aber auch ohne Rücksicht auf das Vollmachtsverhältniss müssen solche Mischformen sich bilden, weil in der wirthschaftlichen Unternehmung das Bedürfniss nach ständigen Hilfskräften, welche dem Unternehmen durch ein stärkeres Band als dasjenige einer gewöhnlichen *locatio conductio*, eines Güteraustauschvertrages verbunden sind, sich als unabweisbar herausstellt. Das Rechtsleben früherer Zeiten kam — ganz abgesehen davon, dass die damalige wirthschaftliche Entwicklung bei weitem nicht mit der gegenwärtigen zu vergleichen ist — viel leichter über diese Schwierigkeiten weg, verspürte sie wohl kaum. Im römischen Reiche wurden im Betriebe der wirthschaftlichen Unternehmung u. zw. bis zu den leitenden Stellen hinauf in der Regel gewaltunterthänige Personen, Sclaven, verwendet, die ihrem Gebieter gegenüber überhaupt nicht als Vertragscontrahenten in Betracht kamen; im Mittelalter aber war das gewerbliche Unternehmen berufsmässig organisirt und für die *locatio conductio operarum*, für einen Güteraustauschvertrag im Inneren dieser Organisation überhaupt kein Raum. Von Gierke in seiner Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft[1]) wird dieses Verhältniss in seiner Blüthezeit in überaus zutreffender und prägnanter Weise charakterisirt. Er weist darauf hin, dass den Zünften in der Regel der Betrieb eines gewissen Handwerkes oder Gewerbes als

[1]) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin 1864, Bd. I, S. 360, 402 ff.

Gesammtpflicht oblag und als Gesammtrecht zustand und fährt dann fort: „Dieses Gesammtrecht aber hatte ursprünglich keinen privatrechtlichen, sondern einen öffentlichrechtlichen Charakter. Es war und hiess ein öffentliches Amt. Die Genossenschaft selbst wurde nach diesem Amt ein Amt oder *ammet, officium,* ein hantwerk oder gewerk, *opus,* auch, weil man an eine leihweise Überlassung dachte, ein lehen genannt. Dieses Amt, welches den Begriff der Pflicht vor dem des Rechts in sich enthielt, war zur Zeit der Städtefreiheit ein Dienst des gemeinen Wesens, ein städtisches Amt öffentlicher Natur; hierdurch unterscheidet es sich von dem patrimonialen Dienstamt des Hofhandwerkers ebensosehr, wie von dem späteren privatrechtlichen Gewerbemonopol.“ Ganz in Übereinstimmung mit dieser Auffassung war die Organisation der Lehrlinge und Gesellen. „Sie waren anfänglich überall Mitglieder des Hauswesens ihres Meisters und mittelbare Genossen — Schutzgenossen der Zunft.“ Schon die Lehrlinge bedurften einer förmlichen „Aufnahme in das Amt“ und erlangten durch die ordnungsmässige Absolvirung der vorgeschriebenen Lehrzeit ein festes Anrecht, in die Classe der Gesellen aufgenommen zu werden. Was aber die Gesellen anbelangt, so hatten diese, wenn sie die vorgeschriebene Dienstzeit ausgehalten oder statt dessen auf der Wanderschaft unter Wahrung des Zusammenhanges mit der Zunft die nöthigen Fähigkeiten erworben hatten, „bei Erfüllung der sonstigen Bedingungen einen Rechtsanspruch auf die Aufnahme als Meister. Aus diesem Allen geht schon hervor, dass die Gesellen in der Blüthezeit des Zunft-

wesens nichts als werdende Meister waren. Es gab keinen besonderen Stand der Gesellen, keinen unselbstständigen Arbeiterstand neben einem Stande selbstständiger Unternehmer, sondern es gab nur eine Lehr- und Dienstzeit als Vorschule und Vorstufe für eigene Ausübung des Amts. Die Unterschiede von Meister und Gesellen waren wesentlich nur erst Unterschiede des Alters und der Ausbildung."

Mit dem Fortschreiten der wirthschaftlichen Entwicklung und dem damit in Verbindung stehenden Niedergange der Zunftverfassung änderten sich diese Verhältnisse vollständig. Gierke weist darauf hin, dass sobald — was an verschiedenen Orten und bei verschiedenen Gewerben zu sehr verschiedenen Zeiten, vielfach aber schon seit dem Beginne des 15. Jahrhunderts geschah — durch die Erschwerungen des Meisterwerdens, die Verlängerung der Lehr- und Wanderzeit und das Vorkommen von Gesellen, die niemals Meister wurden, die Gesellen als ein eigener Stand in einen gewissen Gegensatz zum Stande der Meister traten und sich gemeinsamer Standesinteressen bewusst wurden, sich sofort trotz mancher obrigkeitlichen und zünftigen Verbote, unter den Gesellen der Einigungstrieb zeigte und sie eigene, wenn auch mit der Gesammtzunft in Zusammenhang stehende Genossenschaften bildeten, die neben anderen genossenschaftlichen Zwecken auch das gemeinsame gewerbliche Interesse in Fragen des Lohns, der Arbeit und der Selbstständigkeit gemeinsam wahrnahmen und in dieser Beziehung schon in früher Zeit planmässige Coalitionen und Arbeitseinstellungen den Meistern gegenüber herbeiführten. Je weiter nun die

alte berufsmässige Organisation des Gewerbes sich von ihrer Grundlage entfernte und ihr Wesen änderte, je mehr die Zunft den Charakter einer freien, auf ethischer Grundlage beruhenden, das Handwerksamt regelnden Genossenschaft verlor und zu einem privatrechtlichen Institute zum Zwecke der Verwerthung und Ausnutzung des „Privilegiums" und soweit als es die Umstände erlaubten, des „Monopols" einer bestimmten Art des Gewerbebetriebs wurde, je mehr in Folge dessen die aufstrebende und den Kreis ihrer Aufgaben erweiternde Macht des Wohlfahrtstaates es als geboten erachtete, in das Wesen der Zunft einzugreifen, ihre Machtbefugnisse und ihren Wirkungskreis zu beschränken, und ihr so viel als möglich den Charakter einer Polizeianstalt aufzuprägen, desto lebhafter wurde auch der Widerwille gegen die Gesellenvereinigungen, der schliesslich dazu führte, dass eigenmächtige oder heimliche Einungen oder Versammlungen der Gesellen mit schwerer Strafe bedroht, die härtesten Strafen aber, ja selbst Todesstrafe auf das Zusammenrottiren, die Aufstände, die Arbeitsverweigerung, das haufenweise Austreten oder „anderes dergleichen rebellisches Unwesen" gesetzt wurde.[1]) Die letzten Ausläufer dieser Anschauungen sind die neueren Strafgesetze gegen Arbeitercoalitionen, wie sie beispielsweise noch der durch das Gesetz vom 7. April 1870, R.G.B. Nr. 43 aufgehobene §. 481 des österr. Strafgesetzbuches enthielt. Der Grundgedanke der alten Zunftorganisation in Betreff des Verhältnisses des

[1]) Reichsschluss von 1731. Gierke a. a. O. S. 916 ff., 942 ff.

Meisters zum Gesellen, dass nämlich der Geselle nichts anderes als ein werdender Meister, dass die Gesellenzeit nur eine Schul-, eine Vorbereitungszeit ist, ist in weiten Kreisen völlig verschwunden; was in dieser Hinsicht die Selbstsucht der Zünfte begann, das hat die vollständige Umänderung des gewerblichen Betriebes, namentlich die ungeheure, noch stets fortschreitende Ausbreitung der Grossindustrie und die Nothwendigkeit verhältnissmässig grossen Kapitales auch für den kleineren gewerblichen Betrieb vollendet. An die Stelle der berufsmässigen Organisation der gewerblichen Arbeit, des zünftigen Gesellenverhältnisses ist die *locatio conductio operarum*, der Dienstvertrag, also ein Güteraustauschvertrag getreten und mit gutem Grunde stellen sowohl die deutsche Reichsgewerbeordnung als auch die österr. Gewerbeordnung an die Spitze ihrer diessfälligen Bestimmungen den Grundsatz, dass die Feststellung der Verhältnisse zwischen den selbstständigen Gewerbetreibenden und ihren Hilfsarbeitern innerhalb der gesetzlichen Grenzen Gegenstand freier Übereinkunft ist[1]). Damit sind aber eben die früher erwähnten, aus der Natur der Sache sich ergebenden Schwierigkeiten zu brennender Actualität gediehen. Die wachsende Einsicht in den Bestand dieser Schwierigkeiten und das Bestreben, die Verbindung zwischen dem Unternehmer und gewissen Kategorien der von ihm beschäftigten Personen zu einer engeren, als der durch einen gewöhnlichen Güteraustauschvertrag hergestellten zu

[1]) Deutsche Reichsgewerbeordnung §. 105; österr. Gewerbeordnung §. 72.

gestalten, hat zu verschiedenartigen gesetzlichen Vorschriften den Anlass gegeben, über deren Werth und Erfolg die Ansichten sehr getheilt sein können. Sehr weit in dieser Richtung ist die österr. Gewerbeordnung gegangen, welche noch in der durch das Gesetz vom 8. März 1885, R.G.B. Nr. 22 erfolgten neuen Fassung der betreffenden Abschnitte trotz des im §. 72 ausgesprochenen Grundsatzes der Vertragsfreiheit im §. 76 den Hilfsarbeiter ganz allgemein für verpflichtet erklärt, dem Gewerbsinhaber Treue, Folgsamkeit und Achtung zu erweisen, sich anständig zu betragen und sich gegen die übrigen Hilfsarbeiter und Hausgenossen verträglich zu benehmen. Selbstverständlich kann als Sanction dieser mehr den Charakter ethischer Empfehlungen, als erzwingbarer Rechtspflichten an sich tragenden Vorschriften nur die Entlassung des Hilfsarbeiters, eventuell, wenn die im §. 82 festgesetzten Voraussetzungen zutreffen, ohne vorhergehende Kündigung in Betracht kommen.[1]) Hieher gehört beispielsweise ferner die Bestimmung des Art. 59 des deutschen Handelsgesetzbuches, wonach ein Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen darf und sich auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen muss, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden. Gegen einen solchen Handlungsgehilfen kann nach Art. 64 Z. 2 auch die Aufhebung des Dienst-

[1]) Krasnopolski in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht, Bd. 14, S. 332.

verhältnisses vor der bestimmten Zeit ausgesprochen werden. Eine dem Art. 59 analoge Bestimmung enthält bekanntlich Art. 56 des Handelsgesetzbuches in Betreff der Procuristen und der zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten, während andere Handlungsbevollmächtigte unter die erstere Bestimmung nur fallen, insofern sie zugleich Handlungsgehilfen sind. In ähnlicher Weise bestimmt §. 82 lit. e der österr. Gewerbeordnung, dass ein Hilfsarbeiter, der ohne Einwilligung des Gewerbsinhabers ein der Verwendung beim Gewerbe abträgliches Nebengeschäft betreibt, ohne Kündigung entlassen werden kann. Nach einer anderen Richtung wieder hat der §. 617 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches Vorsorge treffen zu müssen geglaubt, indem für den Fall, als bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren hat, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Ähnliche Zwecke verfolgen Art. 60 des Handelsgesetzbuches und §. 616 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

Die angeführten und noch zahlreiche andere Gesetzesbestimmungen ähnlichen Inhalts — von einigen derselben, welche in neuester Zeit den Anlass zu

besonders eingehender Discussion gegeben haben, wird weiterhin noch die Rede sein — tragen unverkennbar den Charakter von Gelegenheitsgesetzen in dem Sinne an sich, dass sie ihre Entstehung dem an gewissen Punkten sich besonders fühlbar machenden Widerspruche zwischen den logischen Consequenzen eines Princips und den thatsächlichen Bedürfnissen verdanken und bestimmt erscheinen, solchen Widersprüchen von Fall zu Fall nach Thunlichkeit abzuhelfen. Bei näherer Erwägung der Sachlage kann aber darüber kein Zweifel erübrigen, dass — um die Ausdrucksweise des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zu gebrauchen — schon zwischen einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt und einem vorübergehenden, auf einzelne Leistungen beschränkten Dienst- oder auch Werkvertrage ein tiefgehender innerer Unterschied obwaltet, welcher noch weit mehr hervortritt, wenn man auch die Art der Dienstleistung berücksichtigt und wieder nach dem Beispiele des §. 622 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches Dienste höherer Art, insbesondere der Lehrer, Erzieher, Privatbeamten, Gesellschafterinnen von anderen Diensten unterscheidet. Die angeführten Gesetze unternehmen nun den Versuch, in die dem Beamtenverhältnisse sich nähernden Dienstvertragsverhältnisse einzelne Elemente aus dem ersteren einzufügen, also das durch den Güteraustauschvertrag begründete Rechtsverhältniss durch Elemente eines Organisationsvertrages, eines Treueverhältnisses zu ergänzen und dem angestrebten Zwecke näher zu bringen. Bei den gesetz-

lichen Vorschriften der letzterwähnten Art handelt es sich bisher nur um ganz vereinzelte Fälle, in welchen eine Ausgleichung der bezeichneten Widersprüche besonders dringend geboten erschien. In der allgemeinen Rechtsüberzeugung wird jedoch dieser Gegensatz seit jeher lebhaft gefühlt. Ich will zur Erhärtung dessen nur auf einige Beispiele hinweisen. Wenn in dem Verhältnisse eines Werk- oder auch eines vorübergehenden Dienstvertrages ein besonders geschickter Arbeiter in dem begründeten Bewusstsein, dass gerade er und kein anderer zur Verrichtung einer bestimmten Arbeit besonders geeignet sei, seine Ansprüche unerwartet und bedeutend steigert, oder der Arbeitgeber einen Arbeiter, dessen Arbeitskraft oder Geschicklichkeit ihm nicht genügt, nicht mehr beschäftigt, so kann ein solches Vorkommniss für den Vertragsgenossen sehr unangenehm sein, aber Jedermann wird das betreffende Vorgehen erklärlich und im Hinblicke auf die bestehenden Verkehrsverhältnisse gerechtfertigt finden. Geht dagegen in dieser Weise ein Arbeiter vor, der durch lange Jahre in guten und bösen Zeiten in demselben Unternehmen sein reichliches Auskommen gefunden hat, ja vielleicht dort ausgebildet wurde und seine Geschicklichkeit erlangt hat, oder entlässt ein Arbeitgeber einen durch viele Jahre bei ihm beschäftigten Arbeiter wegen Abnahme seiner Arbeitskraft oder wegen einer momentanen Geschäftsstockung, so wird ein solches Vorgehen allgemeiner Missbilligung begegnen. Wenn einem ständig in demselben Dienstverhältniss stehenden Arbeiter anlässlich seiner vertragsmässigen Thätigkeit ein Unfall zustösst oder ihn ein Verlust trifft — ich spreche hier

nicht von den durch die obligatorische Unfallversicherung, welche ihre Entstehung einem von dem hier in Rede stehenden völlig verschiedenen Ideengange verdankt, geregelten Fällen — so wird es für billig gehalten werden, dass der Arbeitgeber den Arbeiter wenigstens theilweise entschädige oder doch unterstütze; bei rasch wechselnden Arbeitern oder bei einem Werkvertrage wird ein solcher Anspruch kaum von irgend Jemandem für gerechtfertigt erklärt werden. Sowohl bei dem Dienst- als bei dem Werkvertrage ist bei Beurtheilung der Haftung der Vertragsgenossen die Anwendung des jeweils im Gesetz normirten allgemeinen oder auf bestimmte Stände beschränkten Durchschnittsmassstabes gewiss nicht zweifelhaft. Setzt man jedoch den Fall, dass ein Unternehmer einem von ihm durch Jahre beschäftigten, ihm genau bekannten Arbeiter plötzlich eine demselben ganz neue, ihm nicht vertraute Arbeit übertrage, so wird man im Falle eines von dem Arbeiter hiebei begangenen geringen Versehens gewiss geneigt sein, bei Anwendung des Durchschnittsmassstabes auch das subjective Moment nicht völlig ausser Acht zu lassen. Ein österreichischer Richter wird in einem solchen Falle wahrscheinlich den §. 1304 des bürgerlichen Gesetzbuches anwenden und den entstandenen Schaden theilen.

Die angeführten Fälle zeigen, wie unser Rechtsgefühl stets geneigt ist, die den Organisationsverträgen eigenthümlichen Rechtssätze zur Anwendung zu bringen, wenn es die Voraussetzung hiefür, nämlich den wenn auch nur thatsächlichen und nicht rechtlichen Bestand einer wirthschaftlichen Organisation, selbst auch nur zum Theile, als gegeben erachtet. Ist durch private Initiative eine

wirkliche Arbeitsorganisation nach Analogie des Beamtenverhältnisses mit den wesentlich dazu gehörigen gegenseitigen eigenthümlichen Rechten und Pflichten begründet worden, wie es in neuerer Zeit häufig genug geschieht, so unterliegt auch die Behandlung des Verhältnisses zwischen Dienstherrn und Untergebenen als eines gegenseitigen Schutz- und beziehungsweise Treueverhältnisses keiner Schwierigkeit und die Anwendung der den Organisationsverhältnissen entsprechenden Rechtssätze auch auf diese Verhältnisse ergibt sich von selbst. Ist das aber nicht in hinreichendem Masse der Fall, dann entstehen eben die geschilderten Mischverhältnisse zwischen Arbeits- und Beamtenvertrag und die Versuche gesetzlicher Regelung einzelner hieher gehöriger Fragen.

Auf diesem letzteren Wege kann nach der Natur der Sache in einzelnen Fällen möglicher Weise ein Palliativmittel für eine gewisse Zeit der Entwicklung gewonnen, gewiss aber nicht eine principielle Lösung der entstandenen Fragen, eine endgiltige Beseitigung der hervorgekommenen Schwierigkeiten erzielt werden. Zwischen dem Äquivalenzverhältnisse des Dienst- und Werkvertrages und dem Unterordnungs- und Treueverhältnisse des Beamtenvertrages besteht eben auf allen Punkten ein unverkennbarer Gegensatz; es ist nicht möglich, für die Lohnzahlungen der *locatio conductio operarum* die Gehorsams- und Treueverpflichtungen des Beamtenvertrages als Gegenleistung sich stipuliren zu lassen, denn zur gesicherten Bewirkung einer einem Treueverhältnisse entsprechenden Handlungsweise genügt nicht die vertragsmässige Übernahme der darauf gerichteten Verpflich-

tung; es gehört dazu auf Seite des Verpflichteten auch die entsprechende, auf ethischer Grundlage beruhende Gesinnung und diese entsteht und erhält sich nur, wenn sie auch auf der anderen Seite besteht und in der Übernahme und genauen Erfüllung der entsprechenden Gegenverpflichtungen ihren Ausdruck findet. Wenn irgendwo, so gilt hier wie im Lehenrechte das Sprichwort: „Treue wird um Treue verkauft"; ein Vertragsverhältniss aber, das auf der einen Seite die Treueverpflichtungen eines Organisationsvertrages begründen, den anderen Vertragsgenossen aber nicht weiter verpflichten soll, als jeder Güteraustauschvertrag, und denselben namentlich auch zur Anwendung aller Waffen des Concurrenzkampfes gegen den zur Treue verpflichteten Contrahenten berechtigt, ein solches Vertragsverhältniss kann nicht auf dauernden Bestand und genaue Erfüllung rechnen.

In viel höherem Grade als die erwähnten Mischformen und ihre gesetzliche Regelung ist, wie bereits früher angedeutet wurde, die Übertragung des Beamtenvertrages selbst und der demselben entsprechenden Rechtsverhältnisse auf das Privatunternehmen, namentlich auf Grossindustrie und Grosshandel, auf Bergwerksunternehmungen, Eisenbahnen, Schiffahrtsunternehmungen, Banken und andere Creditinstitute, Versicherungsgesellschaften u. s. w. geeignet, den früher hervorgehobenen Schwierigkeiten abzuhelfen. Dem entsprechend sehen wir auch, wie ich an anderem Orte darzulegen mir erlaubt habe[1]), das sogenannte Privatbeamtenthum, eine

[1]) Steinbach, Erwerb und Beruf, S. 28 ff., 38.

Nachahmung beziehungsweise Verpflanzung der dem Beamtenthum der öffentlichen Corporationen eigenthümlichen Organisation und des entsprechenden beiderseitigen Schutz- und Treueverhältnisses auf andere Gebiete, in stetiger Verbreitung und im lebhaftesten Wachsthum. An derselben Stelle habe ich auch auf die sich stets mehrenden Fälle der Nachbildung dieser Institution in der berufsmässigen Organisation der Arbeiterschaft grosser Unternehmungen hingewiesen. In den hieher gehörigen Organisationen beruht das Verhältniss zwischen Dienstherrn und Privatbeamten, beziehungsweise Arbeitern nicht mehr auf einer *locatio conductio*, auf einem als Güteraustauschvertrag sich darstellenden Dienstvertrage, sondern auf einer dem eigentlichen Beamtenvertrage analogen Rechtsbildung mit entsprechenden beiderseitigen Rechten und Verpflichtungen. Dagegen ist diess nicht der Fall bei der Bildung von Arbeiterverbänden, und der entsprechenden Organisation der Arbeiterschaft. In diesem letzteren Falle liegt wohl dem Arbeiterverbande selbst ein Organisationsvertrag mit gegenseitiger Treueverpflichtung zu Grunde, und zwar ist es ein societätsartiges Gebilde, eine Vereinigung gleichberechtigter Genossen zur Erreichung gemeinsamer wirthschaftlicher Zwecke, das uns hier entgegentritt. Wenn aber dieser Verband, beziehungsweise seine Organe mit dem Unternehmer oder seinem Repräsentanten oder etwa auch mit einem Unternehmerverbande über die Bedingungen der Arbeitsleistung seiner Mitglieder verhandelt und diessfällige Vereinbarungen trifft, wie diess ja bei den Gewerkvereinen, namentlich in England, insbesondere aber bei

den russischen Artellen in der That oft geschieht, so enthält eine solche Vereinbarung keinen Organisations- sondern nur einen Güteraustauschvertrag, eine *locatio conductio operarum* oder *operis*, also einen Vertrag, dessen Bedingungen von dem Erfolge eines wirthschaftlichen Kampfes abhängen, bei welchem nur die betheiligten Vertragssubjecte viel zahlreicher geworden sind, und daher für Angebot und Nachfrage andere Momente entscheidend werden, als bei den von einzelnen Subjecten geschlossenen Dienstverträgen.

Fassen wir nun das Resultat unserer bisherigen Beobachtungen und Untersuchungen zusammen, so ergibt sich wohl zur Evidenz, dass die verschiedenen civil- und auch strafrechtlichen Gesetzesbestimmungen, auf welche ich aufmerksam zu machen mir erlaubt habe, nicht als zufällige zusammenhanglose Erscheinungen des Rechtslebens angesehen werden können, sondern dass dieselben in enger Verbindung mit einander und in Übereinstimmung mit dem Wesen jener Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse stehen, auf welche sie nach der Absicht der Gesetzgeber ihre Anwendung finden sollen. Dass dieser Zusammenhang vielleicht nicht immer ein bewusster war, dass bei der Erlassung der betreffenden Gesetze möglicher Weise in manchen Fällen ein fremdes Beispiel und namentlich das Vorbild des gemeinen Rechtes das ausschlaggebende Moment war, das ändert nichts an der Existenz des Zusammenhanges selbst. Wenn wir die angegebenen Formen der wirthschaftlichen Organisation, zu deren Verwirklichung die angeführten Rechtsgeschäfte, namentlich aber die typischen Organisationsverträge: *societas*, Mandat und Beamten-

vertrag bestimmt sind, in's Auge fassen, nämlich die Vereinigung wesentlich gleichberechtigter Subjecte zur Erreichung eines wirthschaftlichen Zweckes, die Vertretung des Subjectes der Wirthschaft durch eine andere Person und die organische Ergänzung des Subjectes der Wirthschaft durch demselben untergeordnete Hilfskräfte, so zeigt sich, dass die den erwähnten Gesetzesbestimmungen zu Grunde liegenden Zwecke dem Wesen und der Aufgabe der angeführten Organisationsformen vollkommen entsprechen. Unbedingtes Verbot der Verfolgung des eigenen Vortheiles auf Kosten des Mitcontrahenten, wie überhaupt die unter Umständen unter den Schutz des Strafrechtes gestellte Pflicht zur Wahrung der, dem betreffenden Rechtsverhältnisse wesentlichen Treue, ferner der Schutz des in der Verfolgung seines Privatvortheils Behinderten gegen Schäden und Nachtheile, welche ihn bei Erfüllung seiner vertragsmässigen Aufgabe treffen, endlich die Anwendung eines subjectiven Massstabes bei Beurtheilung der Haftungsverbindlichkeit der in eine Association eingetretenen oder zur Ergänzung des Subjectes der Wirthschaft herangezogenen Organisationsglieder — alle diese Vorschriften ergeben sich eigentlich von selbst aus dem Wesen der wirthschaftlichen Organisation und ihrer angegebenen Formen. Gewiss werden im Einzelnen die mannigfachsten Modificationen dieser principiellen Standpunkte eintreten können; fehlt es doch auch nicht an Differenzen in der Auffassung und an Gegensätzen in den angeführten Gesetzesbestimmungen, welche sich leicht noch vervielfältigen liessen; aber alles das vermag nichts an dem Hauptresultate der bisherigen Unter-

suchung zu ändern, dass die Verträge der wirthschaftlichen Organisation in ihrer innersten Natur sich von den Güteraustauschverträgen tief unterscheiden, ja geradezu einen Gegensatz zu denselben bilden. Auf der einen Seite stehen die Güteraustauschverträge, ihrer Natur nach dem Gebiete des wirthschaftlichen Kampfes angehörend, ja denselben voraussetzend, gewissermassen die Friedensschlüsse zu dem vorhergegangenen Kampfe zwischen Angebot und Nachfrage und den sonstigen auf die Preisbildung Einfluss nehmenden mannigfaltigen Momenten, wobei die Niederlage des schwächeren Theiles besiegelt, die Folgen seiner Niederlage festgesetzt und unter staatlichen Rechtsschutz gestellt werden,' sofern nicht das staatliche Gesetz selbst der Ausbeutung des einen Vertragscontrahenten durch den anderen eine Grenze zieht; — auf der anderen Seite erblicken wir die Organisationsverträge, die nicht den Kampf der einzelnen Subjecte, sondern das friedliche Zusammenwirken derselben zu einem gemeinsamen Zwecke voraussetzen und dieses Zusammenwirken zu ordnen bestimmt sind, welche die einzelnen Zellen zu Gebilden höherer Ordnung zusammenfassen und ihre Beziehungen zu einander regeln. Dieser Gegensatz wird der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung in der künftigen Entwicklung wohl in höherem Masse zum Bewusstsein kommen, als es bisher der Fall war.

VI. Actuelle Fragen.

Ich könnte an dieser Stelle meine Erörterungen schliessen, wenn nicht gerade die letzte Bemerkung, der Hinweis auf die Zukunft mir den Anlass bieten

würde, noch einige Fragen zu besprechen, die gerade in letzter Zeit die öffentliche Discussion und die Gesetzgebung in hervorragendem Masse beschäftigt haben und wohl noch beschäftigen werden und bezüglich derer es mir scheint, dass die Erörterung derselben leichter und vielleicht auch übersichtlicher gewesen wäre, wenn man sich den erwähnten Gegensatz vor Augen gehalten hätte. Diese Erwägung und auch der Wunsch, zu zeigen, welch' tiefgehenden Einfluss auf die Beurtheilung so mancher praktischer Gesetzgebungsprobleme die Würdigung des obigen Gegensatzes auszuüben geeignet ist, veranlassen mich, noch einige der erwähnten Probleme mit möglichster Kürze zu behandeln.

a. Das Selbsteintrittsrecht des Commissionärs.

Nach Art. 361 des deutschen Handelsgesetzbuches hat der Commissionär das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes im Interesse des Committenten gemäss dem Auftrage auszuführen, er ist verpflichtet, dem Committenten über das Geschäft Rechenschaft zu geben und ihm dasjenige zu leisten, was er aus dem Geschäft zu fordern hat. Nach Art. 372 kommt in dem Falle, als der Commissionär zu vortheilhafteren Bedingungen abschliesst, als sie ihm vom Committenten gestellt wurden, der Vortheil dem Letzteren allein zu statten. Nach Art. 371 endlich ist der Committent schuldig, dem Commissionär zu ersetzen, was dieser an baren Auslagen oder überhaupt zum Vollzuge des Geschäftes nothwendig oder nützlich aufgewendet hat. Aus den angeführten Bestimmungen ergibt sich zur Evidenz die Natur des Commissions-

geschäftes als eines Organisationsvertrages, nämlich, wie auch allseits zugegeben wird, als eines Analogon des Mandats, welches nur nach aussen nicht erkennbar wird, da der Commissionär zwar für Rechnung, aber nicht im Namen seines Auftraggebers handelt. Nun enthält aber Art. 376 des Handelsgesetzbuches eine hiemit durchaus nicht im Einklange stehende Bestimmung. Derselbe lautet bekanntlich in seinen beiden ersten Absätzen: „Bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Commissionär, wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. In diesem Falle ist die Pflicht des Commissionärs, Rechenschaft über die Abschliessung des Kaufes oder Verkaufes zu geben, auf den Nachweis beschränkt, dass bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrages eingehalten ist. Er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Commissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen.“ Die hier festgesetzte Berechtigung, welche man als das Selbsteintrittsrecht des Commissionärs zu bezeichnen pflegt, hat bereits bei der Berathung des Handelsgesetzbuches mannigfache Anfechtung erfahren. Schon die Motive zum preussischen Entwurfe [1]) bemerken in dieser Beziehung: „Es widerspricht der Natur

[1]) S. 160 ff.

des Mandats, dass der Commissionär, welcher, als Mandatar aufgefasst, das Interesse seines Auftraggebers ungetheilt wahrzunehmen verpflichtet ist, diesem gegenüber sich selbst als den dritten Contrahenten hinstellt und ein eigenes Interesse als Selbstkäufer oder Selbstverkäufer verfolgt, indem er bei der Verkaufscommission die Waare an sich selbst oder an einen Anderen, von dem er etwa eine entsprechende Einkaufscommission erhalten hat, verkauft und bei der Einkaufscommission die Waare von sich selbst oder von einem Anderen, welcher ihm eine Verkaufscommission ertheilt hat, ankauft." Nichtsdestoweniger wurde die angeführte Bestimmung in das Gesetzbuch aufgenommen, um den Anschauungen und Gewohnheiten des Handelsstandes Rechnung zu tragen und glaubte man dadurch, dass die Befugniss des Commissionärs, selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, auf solche Geschäfte beschränkt wird, deren Gegenstand der Verkauf oder Ankauf von Waaren ist, welche einen Börsencurs oder amtlich festgestellten Marktpreis haben, Missbräuchen vorgebeugt und das Interesse des Committenten ausreichend gesichert zu haben, da der Börsencurs oder Marktpreis das etwa fehlende Preislimitum ersetzt und der Commissionär nicht befugt ist, denselben bei Berechnung des Einkaufs- oder Verkaufspreises zu überschreiten. Die Erfahrung hat gezeigt, dass diese Voraussetzung eine irrige war, da ganz abgesehen von der Frage der Art und Weise und der damit zusammenhängenden Verlässlichkeit der Feststellung der Marktpreise und Curse, die in häufigen Fällen sehr bedeutenden Schwankungen derselben an einem und demselben Tage dem

Commissionär vollste Gelegenheit zu untreuem Vorgehen gewähren. Der Bericht der deutschen Börsen-Enquête-Commission vom 11. November 1893, welcher für den Fortbestand des Selbsteintrittsrechtes des Commissionärs sich ausspricht, bemerkt dennoch: „Unleugbar erfolgt mittelst der Combination des Commissionsgeschäftes mit dem Selbsteintrittsrechte beim Commissionär ein Zusammentreffen einander entgegengesetzter Interessen, und die Lösung dieser Collision erzeugt in vielen Fällen thatsächliche und juristische Schwierigkeiten. Im Einzelnen lässt sich nicht in Abrede stellen, dass das Recht zum Selbsteintritt im Vergleich zur einfachen, durch ein Ausführungsgeschäft mit Dritten zu vollziehenden Commission die Preisgebung der Interessen des Committenten an die Speculation des Commissionärs zu eigenem Vortheil erleichtert. . . . . Im Wege des Selbsteintrittsrechtes kann der Commissionär sinnlose Speculationsaufträge zu eigenem Vortheile ausführen, sowie aus falschen Rathschlägen, die er dem Kunden ertheilt, zu dessen Nachtheil Nutzen ziehen. Bewirkt er selbst eine Curssteigerung, um unter Hinweis auf dieselbe Kunden zu Kaufaufträgen zu reizen, so fällt ihm durch den Selbsteintritt, nach welchem das Sinken des nur künstlich gesteigerten Curses die billigere Anschaffung gestattet, die Frucht seines Vorhabens zu. Fälle dieser Art sind wiederholt vorgekommen. . . . . Findet der Selbsteintritt statt, ohne dass sich der Commissionär durch ein Geschäft mit einem Dritten deckt, so zeigt sich der Interessengegensatz in den Fällen erforderlicher Ertheilung des richtigen Raths behufs der Abwicklung des Geschäfts und getreuer Ausführung

des ferneren Auftrags, für die Deckung den günstigsten Zeitpunkt wahrzunehmen. Durch den Selbsteintritt wird der sogenannte Cursschnitt ermöglicht."

Die in derselben Frage in Österreich gemachten Erfahrungen stimmen mit jenen der deutschen Börsen-Enquête-Commission vollständig überein. Namentlich in Betreff des sogenannten Schnittes hat ein in Wien kürzlich verhandelter Strafprozess durch die Angaben betheiligter Personen und durch die daran geknüpfte sehr lebhafte öffentliche Discussion den Eindruck hervorgerufen, dass in weiten Geschäftskreisen der Cursschnitt für rechtlich zulässig gehalten werde, dass man es also für gestattet hält, als Commissionär von dem Selbsteintrittsrechte in der Weise Gebrauch zu machen, dass dem Committenten beim commissionsweisen Einkauf der thunlichst hohe, beim commissionsweisen Verkauf aber der thunlichst niedrige von verschiedenen Cursen desselben Tages in Rechnung gebracht werde. Es bedarf keines Nachweises, dass ein solches Verhalten dem Treueverhältniss des Mandats unbedingt widerspricht.

In Übereinstimmung mit dem Standpunkte der Börsen-Enquête-Commission hat sich auch das neue deutsche Börsengesetz vom 22. Juni 1896 für die Beibehaltung des Selbsteintrittsrechtes des Commissionärs entschieden, jedoch unter Aufhebung des Art. 376 H. G. B. ganz neue Bestimmungen hierüber erlassen. Die betreffenden ziemlich ausführlichen Vorschriften lauten:

§. 71. „Bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, welche einen Börsen- oder

Marktpreis haben, und von Werthpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann der Auftrag, wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat, von dem Commissionär dadurch ausgeführt werden, dass er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, selbst als Käufer übernimmt."

„Im Falle einer solchen Ausführung des Auftrages ist die Pflicht des Commissionärs, Rechenschaft über die Abschliessung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, dass bei dem berechneten Preise der zur Zeit der Ausführung des Auftrages bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist. Als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Commissionär die Anzeige von der Ausführung behufs der Absendung an den Committenten abgegeben hat."

„Ist bei einem Auftrage, der während der Börsen- oder Marktzeit auszuführen war, die Ausführungsanzeige erst nach dem Schlusse der Börse oder des Marktes zur Absendung abgegeben, so darf der berechnete Preis für den Committenten nicht ungünstiger sein, als der Preis, der am Schlusse der Börse oder des Marktes bestand."

„Bei Aufträgen zu bestimmten Cursen (erstem Curs, Mittelcurs, letztem Curs) ist der Commissionär ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Absendung der Ausführungsanzeige berechtigt und verpflichtet, diese Curse dem Committenten in Rechnung zu stellen."

„Bei Werthpapieren und Waaren, für welche der Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann

der Commissionär im Falle der Ausführung des Auftrages durch Selbsteintritt dem Committenten keinen ungünstigeren Preis als den amtlich festgestellten in Rechnung stellen."

„Die Bestimmungen der Absätze 2 bis 5 können nicht durch Vertrag abgeändert werden."

§. 72. „Auch im Falle der Ausführung eines Auftrages durch Selbsteintritt (§. 71) muss der Commissionär, wenn er bei Anwendung pflichtmässiger Sorgfalt den Auftrag zu einem günstigeren als dem nach §. 71 sich ergebenden Preise ausführen konnte, dem Committenten den günstigeren Preis in Rechnung stellen."

„Hat der Commissionär vor Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlass des ertheilten Auftrages an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so darf er dem Committenten keinen ungünstigeren als den hierbei vereinbarten Preis berechnen."

„Die vorstehenden Bestimmungen können nicht durch Vertrag abgeändert werden."

§. 73. „Der Commissionär, der das Gut selbst als Verkäufer liefert oder als Käufer übernimmt, ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Commissionsgeschäften sonst regelmässig vorkommenden Unkosten berechnen."

§. 74. „Erklärt der Commissionär bei der Anzeige von der Ausführung des Auftrages nicht ausdrücklich, dass er selbst eintrete, so gilt diess als Erklärung, dass die Ausführung durch Abschluss des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Committenten erfolgt sei."

„Eine Vereinbarung zwischen dem Committenten und dem Commissionär, dass die Erklärung darüber ob der Auftrag durch Selbsteintritt oder durch Abschluss mit einem Dritten erledigt sei, über den Tag der Ausführungsanzeige hinaus aufgeschoben werden dürfe, ist ungiltig."

„Auch wenn der Auftrag als durch Abschluss des Geschäfts mit einem Dritten ausgeführt gilt, haftet der Commissionär, falls er nicht zugleich mit der Anzeige der Ausführung den Dritten namhaft macht, für die Erfüllung des Geschäfts."

Zu den vorstehenden, mit Rechtsnormen zwingender Natur reichlich ausgestatteten gesetzlichen Vorschriften gesellt sich noch eine sehr umfassende Strafbestimmung. §. 79 desselben Gesetzes besagt nämlich:

„Ein Commissionär, welcher, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvortheil zu verschaffen,

1. das Vermögen des Committenten dadurch beschädigt, dass er hinsichtlich eines abzuschliessenden Geschäfts wider besseres Wissen unrichtigen Rath oder unrichtige Auskunft ertheilt, oder

2. bei der Ausführung eines Auftrages oder bei der Abwicklung eines Geschäfts absichtlich zum Nachtheile des Committenten handelt,

wird mit Gefängniss bestraft. Neben der Gefängnissstrafe kann auf Geldstrafe bis zu 3000 Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden."

„Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschliesslich auf die Geldstrafe erkannt werden."

„Der Versuch ist strafbar in den Fällen der Ziffer 1."

Überblickt man nun die Gesammtheit der angeführten Bestimmungen, welche den neuesten Versuch der legislativen Regelung der schwierigen Materie des Selbsteintrittsrechtes des Commissionärs enthalten, so wird, ganz abgesehen von etwaigen Detailbedenken, der Gesammteindruck wohl kaum als ein befriedigender bezeichnet werden können. Die Neuerungen im §. 71 gegenüber dem Art. 376 des Handelsgesetzbuches erregen zunächst den begründeten Anschein, als ob dem Commissionär in gewissen vom Gesetze nach Möglichkeit zu verengern gesuchten Grenzen der Cursschnitt gestattet, nämlich das Recht gewährt werden solle, als Selbstcontrahent unter allen Umständen die im §. 71 festgesetzten Marktpreise und Curse dem Committenten in Rechnung bringen zu dürfen. Diese Voraussetzung erweist sich aber bald wieder als unrichtig, denn ganz abgesehen davon, dass sie schon mit dem im ersten Absatze des §. 72 ausgesprochenen Grundsatze kaum vereinbar wäre, so richtet sich der zweite Absatz des §. 72 unmittelbar gegen dieselbe, indem er ganz allgemein vorschreibt, dass, wenn der Commissionär vor Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlass des ertheilten Auftrages an der Börse oder am Markte ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen hat, er dem Committenten keinen ungünstigeren, als den hiebei vereinbarten Preis berechnen darf. Freilich liegt in dieser Bestimmung das ganze Gewicht auf den Worten: „aus Anlass des ertheilten Auftrages", und wenn es richtig ist, was der Bericht der IX. Commission des deutschen

Reichstags über den Entwurf eines Börsengesetzes vom 26. März 1896 hervorhebt[1]), dass es nämlich selbstverständlich Sache des Committenten sei, zu beweisen, dass der Commissionär ein bestimmtes Geschäft aus Anlass des ihm ertheilten Auftrages zur Ausführung gebracht habe, so wird ihm diese Gesetzesbestimmung gegen den Cursschnitt von Seite des Commissionärs wohl nur einen sehr mangelhaften Schutz gewähren. Desgleichen lässt die im §. 79 enthaltene allgemeine Strafdrohung gegen den Commissionär, welcher bei der Ausführung eines Auftrages oder bei der Abwickelung eines Geschäfts absichtlich zum Nachtheile des Committenten handelt, gar manchen begründeten Zweifel über ihre Tragweite übrig und verliert überhaupt sehr an Werth, wenn erwogen wird, dass schon in der Begründung zum Entwurfe eines Börsengesetzes[2]) bemerkt wird: „Selbstverständlich bleibt es dem Commissionär unbenommen, für Rechnung eines anderen Auftraggebers oder auch als Eigenhändler die durch den ordnungsgemässen Gewerbebetrieb veranlassten Handlungen vorzunehmen, wenn dieselben auch mittelbar z. B. durch Steigern oder Drücken des Curses, dem Committenten Nachtheil bringen können."

An der Hand der hier vertretenen Anschauung fällt es nicht schwer, den Grund all' der Schwierigkeiten anzugeben, welche bei Regelung der gegenwärtigen Materie zu Tage getreten sind. Die widerspruchslose juristische Gestaltung des Selbsteintrittsrechtes des

[1]) Annalen des Deutschen Reichs von Hirth u. Seydel, Jahrgang 1896, S. 752.

[2]) Hirth u. Seydel a. a. O. Jahrgang 1895, S. 921.

Commissionärs ist eben eine undurchführbare Aufgabe. Man kann nicht ein Rechtsverhältniss befriedigend codificiren, welches je nach dem Willen einer Partei bald ein Treueverhältniss und bald ein Kampfverhältniss sein soll. Ein solches Verhältniss kann gewohnheitsmässig entstehen, wie es ja im gegenwärtigen Falle geschehen ist, kann sich auch durch längere Zeit im Verkehr erhalten, muss aber zuletzt in Folge seiner inneren Widersprüche und der dadurch hervorgerufenen Missbräuche in seiner Anwendung wieder verschwinden. Die Begründung zum Entwurfe eines Börsengesetzes spricht die Ansicht aus[1]), dass die Gesetzgebung in dieser Materie nur mit Vorsicht eingreifen dürfe, da zu weit gehende Massnahmen nur die Wirkung haben würden, das Commissionsgeschäft zu Gunsten des Eigenhandels zurückzudrängen. „Wenn in manchen Geschäftszweigen eine derartige Entwicklung im Flusse ist, so liegt doch deren Beschleunigung und Ausbreitung jedenfalls nicht im allgemeinen Interesse". Die angeführte Begründung ist vollkommen im Rechte, wenn sie die genannte Entwicklung constatirt. In vielen Geschäftszweigen hat das Commissionsgeschäft längst aufgehört, ein Treueverhältniss zu sein; es ist durch die gewohnheitsmässige Ausübung des Selbsteintrittsrechtes zum gewöhnlichen Güteraustauschvertrage geworden. Die reinliche Scheidung zwischen echtem Commissions- und Kaufgeschäft wird sich im Verkehr allmählich vollziehen und sie wird am allerwenigsten durch so complicirte Codificationen eines widerspruchsvollen Mischverhält-

[1]) Hirth u. Seydel a. a. O. Jahrgang 1895, S. 916.

nisses aufgehalten werden, wie es die angeführten Bestimmungen des deutschen Börsengesetzes sind.

b. Die Strafbarkeit des Arbeitsvertragsbruches.

Wenn an dieser Stelle die Strafbarkeit des Arbeitsvertragsbruches in's Auge gefasst werden soll, so geschieht diess in dem Sinne, wie diese Bezeichnung in der öffentlichen Discussion jetzt allgemein gebraucht wird, dass nämlich darnach gefragt wird, ob der Arbeitsvertragsbruch als solcher, und namentlich das ungerechtfertigte vorzeitige Verlassen der Arbeit ohne vorherige Kündigung allgemein mit öffentlicher Strafe zu belegen ist. Es kann nämlich sehr leicht vorkommen, dass vertragswidrige Handlungen oder Unterlassungen eines Arbeiters unter ein öffentliches Strafgesetz fallen — nicht deshalb, weil sie Verletzungen des Arbeitsvertrages sind, sondern aus dem Grunde, weil durch dieselben ein anderes Rechtsgut verletzt wird. Wenn z. B. im Sinne der §§. 316 Abs. 2, 318 Abs. 2, 322 und 326 des deutschen Strafgesetzes die zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb bestellten Personen, durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten einen Transport in Gefahr setzen, oder die zur Beaufsichtigung und Bedienung der Telegraphenanstalten und ihrer Zubehörungen angestellten Personen durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten die Benutzung der Anstalt verhindern oder stören oder endlich jemand ein zur Sicherung der Schiffahrt bestimmtes Feuerzeichen oder ein anderes zu diesem Zwecke aufgestelltes Zeichen seiner Dienstpflicht zuwider nicht aufstellt — mag

eine solche Handlung oder Unterlassung vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit begangen worden sein — so verfallen die betreffenden Personen dem allgemeinen Strafgesetze, nicht so sehr, weil sie ihre Dienstpflicht verletzt haben, als weil ihre Handlungsweise den Charakter der Gemeingefährlichkeit an sich trägt, weshalb diese Handlungen auch unter die „gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen" des deutschen Strafgesetzes eingereiht wurden. Es gilt hier *mutatis mutandis* dasselbe, was Laband[1]) von den strafrechtlichen Folgen der Pflichtverletzungen eines Beamten mit gewohnter Schärfe und Präcision ausführt: „Welche Pflichtverletzungen eines Beamten eine öffentliche Strafe nach sich ziehen, lässt sich nicht aus dem Begriffe des Staatsamts logisch herleiten oder *a priori* construiren. Es ist diess vielmehr nur nach den positiven Bestimmungen des Strafgesetzes festzustellen und Gründe der Gesetzgebungspolitik allein entscheiden darüber, welche Handlungen oder Unterlassungen eines Beamten als so schwere Verletzungen der Rechtsordnung oder als so gefährliche Bedrohungen der öffentlichen Wohlfahrt erscheinen, dass der Staat mit den Mitteln des Strafrechts sich gegen sie wenden muss. Es versteht sich nach dem Grundsatz *nulla poena sine lege* von selbst, dass eine öffentliche Bestrafung eines Beamten nur dann eintreten kann, wenn seine Handlung den Voraussetzungen einer bestimmten Strafandrohung entspricht; dass dagegen die frivolste Verletzung der Amtspflicht

---

[1]) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, S. 448.

und das unwürdigste Verhalten eines Beamten keine strafrechtliche Ahndung finden kann, wenn der Thatbestand eines speciellen Delicts dadurch nicht gegeben ist. Dadurch unterscheidet sich in höchst charakteristischer Art die öffentliche Bestrafung von der disciplinarischen. Es gibt kein (criminelles) Verbrechen oder Vergehen der Amtspflichtverletzung; sondern es gibt nur einzelne, bestimmt normirte Verletzungen der Amtspflicht, welche nicht bloss das zwischen dem Staat und dem Beamten bestehende Dienstverhältniss, sondern die allgemeine staatliche Ordnung, das gesellschaftliche Zusammenleben im Staate stören und deshalb mit öffentlicher Strafe bedroht sind. Im Gegensatz dazu gibt es kein System der Disciplinarvergehen, keine durch festbestimmte Thatbestände charakterisirten Arten von Disciplinarvergehen, sondern nur ein einziges, generelles, nämlich die Verletzung der Amtspflicht, und nur graduell verschieden kann die Schwere der Verletzung sein und dementsprechend die Grösse der Disciplinarstrafe abgestuft werden."

Also auch im echten Beamtenverhältniss, namentlich im Verhältniss der Staatsbeamten fällt nicht die Verletzung der Dienstpflicht als solche unter die Strenge des allgemeinen Strafgesetzes; diess ist nur dann der Fall, wenn durch die Verletzung der Dienstpflicht auch noch andere und zwar solche Rechtsgüter gefährdet werden, zu deren ungeschmälerter Wahrung der Staat eine öffentliche Strafnorm als erforderlich erachtet; in allen übrigen Fällen hält der Staat die genaue Einhaltung der Dienstpflicht im Beamtenverhältnisse durch die mit jeder Verletzung verbundenen Disciplinarfolgen

als völlig ausreichend gesichert. Es ist richtig, dass bei manchen hieher gehörigen Berufen die Drohung mit öffentlicher Strafe sich aus ganz besonderen Gründen auf sehr weite Gebiete der Verletzungen der Dienstpflicht erstreckt. Diess gilt namentlich in Gemässheit der Militärstrafgesetzbücher bei den Personen des Soldatenstandes und bei den Militärbeamten, welche sich im Felde befinden, von jeder Verletzung des dienstlichen Gehorsams[1]) und ebenso bedroht der seinerzeit vielbesprochene §. 353a des deutschen Strafgesetzbuches, jeden mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten Beamten, welcher den ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich ertheilten Anweisungen vorsätzlich zuwider handelt, mit schwerer öffentlicher Strafe. Solche, wenn auch weitgehende Specialbestimmungen ändern aber nichts an dem principiellen Standpunkte, denn es ist klar, dass auch diese Strafbestimmungen nicht zunächst durch die stattgefundene Verletzung der Dienstpflicht begründet erscheinen, sondern in der durch die Verletzung bedingten Gefährdung der Sicherheit des Staates ihre Rechtfertigung finden.

Wird nunmehr aber die Frage aufgeworfen, ob sich, abgesehen von den Fällen der bezeichneten Art, in der neueren Gesetzgebung noch Bestimmungen vorfinden, wonach der Arbeitsvertragsbruch ganz allgemein, und ohne Rücksicht auf die Verletzung anderweitiger Rechtsgüter mit öffentlicher Strafe bedroht wird, so ist

---

[1]) Deutsches Militärstrafgesetzbuch v. 20. Juni 1872, §§. 89 ff., 153.

diese Frage zu bejahen. Solche Bestimmungen finden sich namentlich ziemlich regelmässig in den verschiedenen Gesindeordnungen. So sind nach den in Österreich geltenden Dienstbotenordnungen Dienstboten, welche vor Ablauf der Dienstzeit den Dienst eigenmächtig verlassen, nicht bloss auf Verlangen des Dienstherrn durch Zwang zur Rückkehr in den Dienst anzuhalten, sondern auch mit Geld oder Arrest angemessen zu bestrafen.[1]) Ähnliche Vorschriften gelten in Preussen, Bayern, Sachsen, während in den deutschen Ländern, welche unter dem Einflusse des französischen Rechtes stehen, so namentlich in Elsass-Lothringen und Baden, die seit der französischen Revolution massgebend gewordene Auffassung dieses letzteren Rechtes platzgegriffen hat, wonach auch das Dienstbotenverhältniss lediglich den privatrechtlichen Normen unterliegt.[2]) Gewisse hieher gehörige Bestimmungen finden sich auch in den Seegesetzen, so namentlich in der deutschen Seemannsordnung v. 27. Dezbr. 1872, wonach beispielsweise nach §. 89 Abs. 2 gegen einen Schiffsmann, welcher, um sich der Fortsetzung des Dienstes zu entziehen, entläuft oder sich verborgen hält, auf Antrag Geldstrafe bis zu 100 Thalern oder Gefängnissstrafe bis zu drei Monaten verhängt werden kann. Zur Rechtfertigung dieser letzteren Bestimmung kann sich freilich nicht bloss auf die Verletzung des Heuervertrages, sondern auch auf die Gefahr berufen werden, welche durch ein solches Entlaufen für Schiff,

[1]) Mayrhofer, Handbuch für den Verwaltungsdienst, 4. Aufl., Bd. III, S. 51.

[2]) Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Bd. I., S. 583 ff.

Mannschaft und Ladung entstehen kann. Namentlich ist aber an dieser Stelle anzuführen der §. 85 der österr. Gewerbeordnung und zwar auch noch in der Fassung des Gesetzes v. 8. März 1885 R.G.B. Nr. 22, welcher vorschreibt: „Wenn ein Hilfsarbeiter den Gewerbsinhaber ohne gesetzlich zulässigen Grund vorzeitig verlässt, so macht er sich einer Übertretung der Gewerbeordnung schuldig und ist nach den Bestimmungen der letzteren zu bestrafen. Überdiess ist der Gewerbsinhaber berechtigt, den Hilfsarbeiter durch die Behörde zur Rückkehr in die Arbeit für die noch fehlende Zeit zu verhalten und Ersatz des erlittenen Schadens zu begehren.“ Die angedrohte Strafe ist nach §. 135 in der Regel Arrest und zwar nach §. 131 lit. c bis zu drei Monaten.

Analoge Bestimmungen hatten in den älteren Gewerbeordnungen vielfach Aufnahme gefunden[1]) und noch der im Jahre 1869 vorgelegte Entwurf einer Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund enthielt im §. 165 Abs. 2 eine dem §. 184 der preussischen Gewerbeordnung v. 17. Jänner 1845 nachgebildete ganz allgemeine Strafbestimmung für den Vertragsbruch der Gesellen, Gehilfen und Fabrikarbeiter. Diese Bestimmung wurde jedoch in der parlamentarischen Behandlung eliminirt und auch die über denselben Gegenstand in den Jahren 1873 und 1874 stattgefundenen Verhandlungen des deutschen Reichstages haben zu einer Änderung dieses ablehnenden Standpunktes nicht

---

[1]) Loening im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. I, S. 754 ff.

geführt. Seither fehlt es im Deutschen Reiche an allgemeinen Bestimmungen über die Strafbarkeit des Arbeitsvertragsbruches und befindet sich daher in dieser Hinsicht die deutsche Reichsgesetzgebung auf demselben Standpunkte, welchen jene Staaten einnehmen, in denen die Grundsätze des Code civil über dem Arbeitsvertrag zur Herrschaft gelangt sind.[1])

An dieser Stelle muss einiger Bestimmungen gedacht werden, welche durch das Gesetz v. 1. Juni 1891 in die deutsche Gewerbeordnung gewissermassen als Ersatz für allgemeine Bestimmungen über die Bestrafung des Arbeitsvertragsbruches Aufnahme gefunden haben, um dem Arbeitgeber die Realisirung seiner civilrechtlichen Schadensersatzansprüche gegen den vertragsbrüchigen Arbeiter zu ermöglichen, beziehungsweise zu erleichtern. Es sind diess die §§. 119a, 124b und 134. Durch dieselben wird zunächst festgesetzt, dass Lohneinbehaltungen, welche von Gewerbeunternehmern zur Sicherung des Ersatzes eines ihnen aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenden Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe ausbedungen werden, bei den einzelnen Lohnzahlungen ein Viertel des fälligen Lohnes, im Gesammtbetrage den Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohnes nicht übersteigen dürfen. Ferner aber wird in diesen Paragraphen bestimmt, dass, wenn ein Geselle oder Gehilfe rechtswidrig die Arbeit verlassen hat, der Arbeitgeber

[1]) Loening a. a. O. S. 746 ff. Auf die abweichende Stellung der früheren französischen Gesetzgebung zu dem durch eine Coalition der Arbeiter herbeigeführten gemeinsamen Arbeitsvertragsbruch wird noch später zurückzukommen sein.

als Entschädigung für den Tag des Vertragsbruches und jeden folgenden Tag der vertragsmässigen oder gesetzlichen Arbeitszeit, höchstens aber für eine Woche den Betrag des ortsüblischen Tagelohnes fordern kann, welche Forderung an den Nachweis eines Schadens nicht gebunden ist und durch deren Geltendmachung der Anspruch auf Erfüllung des Vertrages und auf weiteren Schadenersatz ausgeschlossen wird. Auf Arbeiter in Fabriken, in welchen in der Regel mindestens 20 Arbeiter beschäftigt werden, finden dagegen diese nur für Gesellen und Gehilfen geltenden Bestimmungen keine Anwendung und bezüglich ihrer enthält der §. 134 nur die Bestimmung, dass den Unternehmern solcher Fabriken untersagt ist, für den Fall der rechtswidrigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeiter die Verwirkung des rückständigen Lohnes über den Betrag des durchschnittlichen Wochenlohnes hinaus auszubedingen. Die angeführten Bestimmungen gehen, wie überhaupt die betreffenden Abschnitte der deutschen Gewerbeordnung, von der Auffassung des Arbeitsvertrages als eines Güteraustausch-, eines Kampfvertrages aus, bei welchen, wie ich in meinem oft citirten Vortrage[1]) des Näheren ausgeführt habe, in Folge der Gestaltung der heutigen Verkehrsverhältnisse dem Staate vielfach die Aufgabe erwachsen ist, durch legislative Massregeln die Ausbeutung des einen Contrahenten durch den anderen hintanzuhalten. Mit den von mir so genannten Rechtsgeschäften der wirthschaftlichen Organisation haben diese Gesetzesvorschriften nichts gemein.

---

[1]) Steinbach a. a. O. S. 3 ff.

Besondere Hervorhebung verdient hier auch noch eine Bestimmung eines englischen Gesetzes v. 13. Aug. 1875 (38 u. 39 Vict. c. 86), wonach der Vertragsbruch mit öffentlicher Strafe bedroht wird, wenn durch denselben die Wasser- oder Gaszufuhr für eine Stadt abgeschnitten, oder mit Bewusstsein der Wahrscheinlichkeit dieses Erfolges auf Seite des Vertragsbrüchigen in seinen Erfolgen, sei es allein, sei es in Verbindung mit anderen Umständen, menschliches Leben gefährdet, schwere Körperverletzung verursacht oder wertvolles, bewegliches oder unbewegliches Eigenthum der Zerstörung oder schwerer Beschädigung ausgesetzt wird. Hier haben wir es wieder mit einer der Eingangs dieses Abschnittes besprochenen Strafnormen zu thun, durch welche der Vertragsbruch nicht als solcher, sondern, weil durch denselben im speciellen Falle auch noch andere Rechtsgüter gefährdet werden, mit Strafe bedroht wird.

Überblickt man nun das Gesagte, so gewahrt man in der neuen Gesetzgebung fast auf allen Gebieten eine auf Beseitigung oder doch Einschränkung der auf den Arbeitsvertragsbruch im Allgemeinen früher angedrohten öffentlichen Strafen gerichtete Bewegung. Diese Bewegung ist unverkennbar eine Folge der durch die neuere Rechtsentwicklung herrschend gewordenen Auffassung des Arbeitsvertrages als eines rein privatrechtlichen Güteraustauschvertrages und der damit zusammenhängenden Beseitigung der dem früheren Rechte eigenthümlichen Abhängigkeitsverhältnisse der bäuerlichen Bevölkerung, der gewerblichen Arbeiter und in vielen Gebieten auch des Gesindes. Mit dieser Auf-

fassung erschien die Androhung einer öffentlichen Strafe auf den Vertragsbruch der Arbeiter unverträglich, weil darin eine Rechtsungleichheit erblickt werden musste und die Verletzung eines rein privatrechtlichen Vertrages auch nur privatrechtliche, nicht aber strafrechtliche Folgen nach sich ziehen dürfe. In diesem Sinne bemerkte Lasker in den entscheidenden Verhandlungen des deutschen Reichstages von 1867: „Wenn der Vertragsbruch lediglich auf dem Gebiete des Civilrechts sich bewegt, dann gibt es keine Brücke von dem bürgerlichen zum Strafrecht, und es ist Willkür und eine Beleidigung der Arbeiter, dass aus ihren Personen der Grund entnommen wird, weshalb das, was allen anderen Personen gegenüber lediglich civilrechtlich und mit bürgerlichen Ansprüchen verfolgt wird, gegen sie mit öffentlichen Strafen verfolgt wird.“ In der That lässt sich vom Standpunkte des Güteraustauschvertrages für die allgemeine Strafbarkeit des Arbeitsvertragsbruches kaum etwas stichhältiges vorbringen. Auch der von Loening[1]) neuerlich unternommene Versuch einer solchen Begründung kann nicht als gelungen angesehen werden. Er sagt: Während .... die Nichtvornahme einer rechtlich geschuldeten Handlung sonst nur einen Rechtsverzug, d. h. ein zeitweiliges, vorübergehendes Unrecht darstellt, welches durch nachfolgende, sei es freiwillige, sei es erzwungene Leistung wieder befriedigt werden kann, ist dagegen hier, wo es sich nicht bloss um generisch bestimmte, sondern um zeitlich individualisirte Leistungen

[1]) Loening a. a. O. S. 752.

handelt, — um diejenigen aus dem gesammten dauernden Wirthschafts- oder Gewerbebetriebe ausgeschiedenen Arbeiten bestimmter Art, welche gerade in die Vertragszeit, beziehungsweise in ihre einzelnen Theile hineinfallen, — eine solche nachträgliche Erfüllung des Vertrages nach ganz oder theilweise verstrichener Vertragszeit nicht möglich. Von der Einhaltung dieser Zeit hängt hier die Identität des Geschuldeten und des Geleisteten ab. Mit dem Ablaufe dieser Zeit sind diejenigen Arbeiten, zu welchen sich der Arbeiter verpflichtet hatte, unmöglich geworden; sie können nicht mehr vorgenommen werden, weder freiwillig, noch zwangsweise, eben weil ihre Zeit vorüber ist. Nachträgliche Arbeit wäre nicht mehr Vertragserfüllung." Aus dieser behaupteten Eigenthümlichkeit des Arbeitsvertrages und nicht aus den persönlichen Verhältnissen der Arbeiter, ihrer Mobilität und Besitzlosigkeit glaubt nun Loening die Nothwendigkeit einer allgemeinen Bestrafung des Arbeitsvertragsbruches folgern zu können.

Die Argumentation scheint mir nicht haltbar. Zunächst würde Loening wohl selbst Bedenken tragen, seinen Grundsatz auch auf Ärzte, Lehrer und andere, wie §. 622 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches sagt, zu Leistung von „Diensten höherer Art" berufenen Personen auszudehnen. Dann aber ist es nicht richtig, dass es sich beim Arbeitsvertrag, namentlich für den Arbeitgeber um zeitlich individualisirte Leistungen handelt, dass überhaupt beim Arbeitsvertrage eine besonders enge Verbindung zwischen Leistung und Zeit bestehe. Dieses Verhältniss ist beim Arbeitsvertrage

gerade so wechselnd, wie bei allen anderen Verträgen und es wird sogar zuzugeben sein, dass das Verhältniss zwischen Leistung und Zeit beim Arbeitsvertrage in der Regel weniger enge sei, als etwa beim Mieth- oder Pachtvertrage oder beim Lieferungskaufe mit fixem Termin. Endlich ist auch die Folgerung der Nothwendigkeit einer allgemeinen Strafandrohung für den Arbeitsvertragsbruch aus dieser behaupteten Eigenthümlichkeit des Arbeitsvertrages unhaltbar. Denn aus dieser Folgerung ergäbe sich die weitere Konsequenz, dass jeder Vertragscontrahent, der absichtlich oder auch nur schuldhaft, auf seiner Seite die Unmöglichkeit der vertragsmässigen Leistung herbeiführt, mit öffentlicher Strafe zu belegen sei. So weit sind aber bisher auch die wärmsten Anhänger der Theorie von der Strafbarkeit des Vertragsbruchs nicht gegangen. Von dem Standpunkte des Güteraustauschvertrages könnte man, wie mir scheint, die erwähnte Strafandrohung nur mit dem Hinweise darauf zu begründen versuchen, dass sie nothwendig sei, um die Ausbeutung der Arbeitgeber durch die Arbeiter zu verhindern. Diese Nothwendigkeit dürfte aber derzeit wohl kaum auf allgemeine Anerkennung rechnen können.

Zu ganz verschiedenen Gesichtspunkten in unserer Frage gelangt man vom Standpunkte des Organisationsvertrages und das war ja auch der Ausgangspunkt der allgemeinen Strafbestimmungen in der älteren Gesetzgebung, welche im Arbeitsvertragsbruche die Verletzung eines Treueverhältnisses und der daraus entspringenden Dienstgewalt des Arbeitgebers, und in Folge dessen auch eine Auflehnung gegen die Obrigkeit überhaupt

und selbst gegen die staatliche Autorität erblickte. Als Beispiel mögen die von Loening citirten Reichspolizeiordnungen des 16. Jahrhunderts und das Reichsgesetz gegen Handwerksmissbräuche von 1731 dienen. In den ersteren wird den Landesobrigkeiten zur Pflicht gemacht, für Dienstboten, Handwerker und Tagelöhner Satzungen aufzurichten, „damit sie ihres Gefallens nicht aus den Diensten und Arbeit treten und derselben Ungehorsam und eigenem Will fürkommen werde." Das letztere Gesetz setzt schwere Freiheitsstrafen, bei erschwerenden Umständen selbst Todesstrafe auf „das bisshero fast gemein und zur Gewohnheit wordene Auftreiben der Gesellen, wie auch derselben ohnvernünftiges Aufstehen und Austreten," insbesondere auf verabredete Arbeitseinstellung zur Erzielung besserer Arbeitsbedingungen. Von diesem Standpunkte müssen auch die früher angeführten, in manchen Gesetzgebungen noch heute geltenden allgemeinen, gegen den Arbeitsvertragsbruch gerichteten Strafbestimmungen aufgefasst werden. Es lässt sich nun aber nicht verkennen, dass alle diese so verschiedenartigen Strafbestimmungen, ganz abgesehen davon, dass bei Erlassung derselben nicht selten das Privatinteresse der Dienstherren mit öffentlichen Interessen allzusehr identificirt wurde, den von ihnen verfolgten Zweck nicht erreicht und die Organisationen, zu deren Schutz sie beitragen sollten, nicht lebenskräftig erhalten haben. Die Zunftorganisation ist verfallen, die Gesindeorganisation zum Mindesten sehr geschwächt und an ihre Stelle unter ausdrücklicher Anerkennung der Gesetzgebung der Güteraustauschvertrag, die *locatio conductio operarum*, getreten.

Die erwähnten Strafbestimmungen aber machen den Eindruck von Überbleibseln einer vergangenen Wirthschaftsperiode, werden ungerne und selten angewendet und erweisen sich den bedenklichsten, hieher gehörigen Erscheinungen unserer Tage, z. B. den Massenausständen gegenüber als praktisch unanwendbar und wirkungslos. All' das ist auch völlig erklärlich, denn man kann eine absterbende Organisation nicht durch Androhung öffentlicher Strafen am Leben erhalten. Eine wirthschaftliche Organisation und ihre Blüthe beruht auf dem Bewusstsein der Zusammengehörigkeit und des gegenseitigen Pflichtenverbandes. So lange der Handwerksgeselle wusste, dass seine Gesellenzeit eine Vorbereitungs- und Lehrzeit sei, dass er die bestimmte Aussicht habe, in absehbarer Zeit zur Meisterschaft und damit zu einem ausreichenden Einkommen zu gelangen, — so lange der Dienstbote gegründete Hoffnung hatte, bei gutem Benehmen sein ganzes Leben in einem und demselben Hause zuzubringen und dort auch für den Krankheits- und Arbeitsunfähigkeitsfall versorgt zu sein, so lange konnte die betreffende Organisation lebensfähig bleiben, weil das dienende Glied selbst ein lebhaftes Interesse an ihrem Bestande hatte. Die Furcht vor der Strafe kann nicht dieses Interesse, am allerwenigsten aber die aus dem gegenseitigen lebendigen Pflichtenverhältnisse entspringende ethische Gesinnung der Treue und der Zusammengehörigkeit, die Berufsgesinnung ersetzen. Es zeigt sich denn auch aus der sehr interessanten rechtshistorischen Darstellung Loening's, dass die Androhung öffentlicher Strafe auf den Arbeitsvertragsbruch erst dann allgemeiner und häufiger

wurde — etwa seit dem 16. Jahrhundert — als das betreffende Organisations- und Pflichtenband sich abschwächte. Da glaubte man dann das Pflichtgefühl durch die Furcht vor der Strafe ersetzen zu können. Natürlich ohne Erfolg. Wir können ja auch im heutigen Rechtsleben die Beobachtung machen, dass lebenskräftige, auf einem Verhältnisse der Dienstgewalt und der Unterordnung unter dieselbe beruhende Organisationen keiner Androhung öffentlicher Strafe bedürfen, um die Erfüllung der entsprechenden Pflichten auf Seite der untergeordneten Mitglieder der Organisation zu sichern. Zu diesem Zwecke ist die Übung einer geregelten Disciplinargewalt vollkommen ausreichend. Wir sehen das nicht bloss in den Berufen der öffentlichen Beamten, der Offiziere, der Priester, der öffentlichen Lehrer, sondern auch die neueren beruflichen Organisationen, wie Privatbeamte und beruflich organisirte Arbeiterschaften grosser Einzelunternehmungen zeigen dieselbe Erscheinung. Und das ist auch ganz begreiflich, denn wenn das untergeordnete Glied einer Organisation, dessen Beruf seine ganze Thätigkeit u. zw. voraussichtlich während der ganzen Periode seiner Arbeitsfähigkeit in Anspruch nehmen soll, der Erfüllung der ihm gegenüber seitens des Dienstherrn übernommenen Pflichten, also namentlich gesicherter, ja vielleicht verbesserungsfähiger Stellung und des Lebensunterhaltes für sich u. zw. auch bei eintretender Arbeitsunfähigkeit, sowie für seine Hinterbliebenen gewiss ist und nicht fortwährend für die Zukunft besorgt sein muss, dann gewinnt seine Stellung auch für ihn hohen Werth, das Bewusstsein der Nothwendigkeit genauer Pflichterfüllung

entsteht, es bilden sich das Gefühl der Zusammengehörigkeit und die Gesinnung der Treue und die Organisation verrichtet in stetigem Zusammenwirken ihrer Mitglieder und in ihrem Inneren, ungestört von dem sie umtobenden Kampf der Interessen und den Begleiterscheinungen dieses Kampfes, ihre Aufgabe, ohne dass es der Androhung einer öffentlichen Strafe auf den Bruch des Organisationsvertrages bedarf. Ja, das sich fühlbar machende Bedürfniss einer solchen allgemeinen Strafandrohung kann mit Grund bereits als ein Zeichen eines Schwächerwerdens des Bandes der Organisation angesehen werden.

Die hier vertretene Anschauung führt also nach keiner Richtung hin zu einer Empfehlung allgemeiner Androhung von öffentlichen Strafen gegen den Arbeitsvertragsbruch, ohne solche Strafdrohungen für specielle Fälle der Vertragsverletzung im Falle der Gefährdung anderer Rechtsgüter auszuschliessen.

c. Die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses.

Auch diese Materie hat im Deutschen Reiche erst vor Kurzem den Gegenstand lebhafter legislativer Discussionen gebildet. In mehreren Gesetzgebungen fremder Staaten sind hieher gehörige Bestimmungen enthalten. Im französischen Code pénal lauten dieselben in ihrer neueren, durch das Gesetz v. 13. Mai 1863 normierten Fassung im Wesentlichen: „*Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique qui aura communiqué ou tenté de communiquer à des étrangers ou à des Français résidant en pays étrangers des secrets de la fabrique ou il est employé, sera puni d'un emprisonnement de deux ans*

à cinq ans et d'une amende de cinq cents francs à vingt mille francs. . . . . Si ces secrets ont été communiqués à des Français résidant en France, la peine sera d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de seize francs à deux cents francs. Le maximum de la peine . . . . . sera nécessairement appliqué, s'il s'agit de secrets de fabriques d'armes et munitions de guerre appartenant à l'État." Es ist klar, dass bei der Erlassung dieser Strafnorm auch noch andere Momente von Einfluss waren, als das Bestreben, den einzelnen Unternehmer gegen Vertrauensmissbrauch seitens seiner Hilfskräfte zu schützen, namentlich die Tendenz des Schutzes der französischen Industrie überhaupt gegenüber dem Auslande, und das Streben erhöhter Sicherung solcher Geheimnisse, die für die militärische Sicherheit des Heimatsstaates von Einfluss sein können.[1])

In der deutschen einschlägigen Gesetzgebung haben

[1]) Auch die österreichische Gesetzgebung enthält eine hieher gehörige Bestimmung, insofern nach §. 76 der Gewerbeordnung (in der Fassung des Ges. v. 8. März 1885, R. G. B. No. 22) die Hilfsarbeiter — unter welchem Begriff nach §. 72 Gehilfen, Gesellen, Fabriksarbeiter und Lehrlinge, nicht aber die für höhere Dienstleistungen angestellten Personen, wie Werkführer, Buchhalter, Zeichner, Chemiker fallen — über die Betriebsverhältnisse Verschwiegenheit zu beobachten verpflichtet sind, eine Verpflichtung, deren Verletzung nicht bloss den Unternehmer nach §. 82 e zur sofortigen Entlassung des Hilfsarbeiters berechtigt, sondern auch unter die früher angeführte allgemeine Strafsanktion der §§. 131 u. 135 zu fallen geeignet ist und daher Arreststrafe bis zu 3 Monaten nach sich ziehen kann.

diese letzteren Erwägungen keinen Ausdruck gefunden. Der §. 9 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896 schreibt vor: „Mit Geldstrafe bis zu 3000 Mark oder mit Gefängniss bis zu einem Jahre wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, **während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses** unbefugt an Andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mittheilt. Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, deren Kenntniss er durch eine der im Absatz 1 bezeichneten Mittheilungen oder durch eine gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstossende, eigene Handlung erlangt hat, zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt verwerthet oder an Andere mittheilt. Zuwiderhandlungen verpflichten ausserdem zum Ersatze des entstandenen Schadens. Mehrere Verpflichtete haften als Gesammtschuldner."

Diese Vorschrift ist nicht ohne harte Kämpfe zu Stande gekommen. Die Regierung hatte in ihrem ersten im Jänner 1895 veröffentlichten Entwurfe die Schweigepflicht des Personals und im Zusammenhange damit das Verbot jeder Verwerthung der Geschäftsgeheimnisse auf einen Zeitraum von zwei Jahren seit Beendigung des Dienstverhältnisses ausgedehnt. Dieser Vorschlag erfuhr so lebhaften Widerspruch, dass der spätere an den Reichstag gelangte Regierungsentwurf die Schweigepflicht und die Strafbarkeit ihrer Verletzung zunächst

auf die Vertragszeit beschränkte, sie jedoch auch darüber hinaus für den Fall gelten lassen wollte, als ein Geschäftsgeheimniss dem Angestellten, Arbeiter oder Lehrling gegen die schriftliche, den Gegenstand des Geheimnisses ausdrücklich bezeichnende und für einen bestimmten Zeitraum gegebene Zusicherung der Verschwiegenheit anvertraut worden ist. Aber auch dieser Vorschlag fand keine Billigung, namentlich aus dem Grunde, weil die Befürchtung vorherrschte, dass den Angestellten zu weit gehende, ihr späteres Fortkommen hindernde Zusicherungen abgenöthigt werden könnten. So wurde schliesslich, nachdem in erster Lesung die ganze Strafbestimmung vom Reichstage abgelehnt worden war, nach dem in zweiter Lesung gefassten Beschlusse die gegen den Verrath der Geheimnisse sich richtende Strafsanction den Angestellten gegenüber auf die Geltungsdauer des Dienstverhältnisses beschränkt, daneben aber Dritten, nicht zum Personal des Geschäfts gehörigen Personen für die Verwerthung oder weitere Mittheilung unbefugt erlangter Geheimnisse selbstständig Strafe angedroht. Diese letztere Strafandrohung berührt nicht weiter den Gegenstand unserer Erörterungen.

Bezüglich der den Angestellten angedrohten Strafe entsteht nun aber die interessante Frage, auf die Verletzung welches Pflichtenverhältnisses diese Drohung seitens der Gesetzgebung gestützt wird. Die Antwort auf diese Frage gibt eine Stelle aus der Denkschrift zu dem ersten Regierungsentwurfe dieses Gesetzes[1]). Sie lautet: „Die Wahrung von Geheimnissen soll nur solchen

[1]) Hirth u. Seydel, Annalen, Jahrgang 1895, S. 443.

Personen obliegen, welche mit der Eingehung des Dienstverhältnisses eine persönliche Treupflicht stillschweigend übernommen haben — ein Gesichtspunkt, der auch den Vorschriften des §. 266 des Strafgesetzbuches über die Untreue von Vormündern, Bevollmächtigten u. s. w. sowie den .... Vorschriften des §. 300 des Strafgesetzbuches zu Grunde liegt. Für sonstige vertragsmässige Beziehungen trifft dieser Gesichtspunkt nicht zu; es wird hier dem Geschäfts- oder Betriebsinhaber überlassen bleiben müssen, durch sorgfältige Auswahl derjenigen Personen, mit denen er ein Vertragsverhältniss eingeht, sich vor Indiscretionen zu schützen.“ Zum Verständnisse ist nur soviel beizufügen, dass die Strafdrohung des §. 300 *cit.* sich gegen Rechtsanwälte, Advocaten, Notare, Vertheidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen richtet, welche unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind. Die angeführte Stelle ist in hohem Grade bezeichnend. Was für Analogien zur Rechtfertigung der Bestrafung des Verrathes von Geschäftsgeheimnissen werden seitens der Denkschrift angerufen? Einmal die Analogie der im §. 300 *cit.* aufgezählten Berufe, deren Ausübung, wie ich bereits in meinem obenangeführten Vortrage hervorgehoben habe[1]), auch noch in der heutigen Gesellschaftsordnung wegen der ihnen obliegenden schwerwiegenden, dem Gebiete der Rechtspflege und des Sanitätswesens angehörigen Aufgaben in vielfacher Beziehung nicht als

[1]) Steinbach a. a. O. S. 43.

Erwerbszweig, sondern als öffentliches Amt angesehen und behandelt wird. Eine Analogie mit diesen Berufen besteht nicht für die Angestellten jedes beliebigen Geschäftsbetriebes. Es erübrigt also nur die zweite der angerufenen Analogien, nämlich mit dem im §. 266 *cit.* codificirten Delicte der Untreue. Dem gegenüber soll nun nicht etwa auf den merkwürdigen Wechsel der Ansichten Gewicht gelegt werden, der sich darin offenbart, dass, wie früher (S. 39) ausgeführt wurde, bei der Berathung des preussischen Strafgesetzbuches vom Jahre 1851 der Antrag, wonach auch Beamte von Actien-, Handels- und anderen Gesellschaften, sowie Gewerbsgehilfen sich einer strafbaren Untreue schuldig machen können, mit der Begründung abgelehnt wurde, dass derjenige, welcher Privatverträge mit einem Anderen abschliesst, welche auf ein besonderes Vertrauen berechnet sind, sich selbst vorsehen möge. Wohl aber muss darauf hingewiesen werden, dass das Delict der Untreue seinem Namen gemäss stets auf solche Vertragsverhältnisse beschränkt wurde und gewiss zu beschränken ist, welche eine Pflicht zur Treue wesentlich enthalten, also auf die Organisationsverträge. In unserer Frage wird demnach jetzt von der Gesetzgebung für die rein privatrechtliche *locatio conductio operarum*, für den Güteraustauschvertrag, bei welchem das *„naturaliter contrahentibus licere se circumvenire“* platzgreift, der Charakter eines Organisationsvertrages, noch dazu mit einer stillschweigend übernommenen persönlichen Treuepflicht in Anspruch genommen. Nach dem Gesagten erscheint es aber wohl klar, dass es nicht angeht, ein solches Postulat einseitig aufzustellen, so dass das Ver-

hältniss des Angestellten von seiner Seite die Natur eines Organisationsvertrages, von Seite des Dienstherrn aber die Natur eines Güteraustauschvertrages haben würde. Treue wird eben, wie das Sprichwort sagt, nur um Treue erkauft. Und die Verhandlungen im deutschen Reichstage haben gezeigt, dass man die von der Regierung vorgeschlagene Sanction der stillschweigend übernommenen Treuepflicht des Angestellten — und auch das nur mit vielen Bedenken und nach wiederholten Berathungen — auf ein Minimum reducirte und sich mit einer mit dem Vertragsverhältnisse zugleich aufhörenden, also mit einer Treuepflicht auf Kündigung, begnügte, weil allgemein die Befürchtung vorherrschte, dass die weitere Ausdehnung der Treuepflicht auf Seiten der Angestellten von Seite vieler Dienstherren zum Nachtheile des ferneren Fortkommens der Angestellten werde missbraucht, also mit einer nichts weniger als treuen Gesinnung werde erwidert werden. Im Gegensatz zum Beamtenverhältniss also, bei welchem die Pflicht zur Verschwiegenheit mit der Auflösung des Dienstverhältnisses selbstverständlich nicht endet[1]), wurde hier eine Bestimmung getroffen, in welcher sicherlich ein Hinderniss für das Vorwärtsstreben der Angestellten nicht erkannt werden kann, gegen welche wohl auch von keiner Seite etwas Erhebliches zu erinnern sein wird, weil die Preisgebung von Geschäftsgeheimnissen durch im Geschäfte noch angestellte Personen unser sittliches Gefühl verletzt, welche aber auch andererseits voraussichtlich nicht als praktisch besonders erfolgreich sich

[1]) Deutsches Reichsgesetz v. 31. März 1873, §. 11.

bewähren wird, da eben mit der Beendigung des Dienstverhältnisses auch die Schweigepflicht ihr Ende findet. Vielleicht werden sich jene Gesetzesbestimmungen als erfolgreicher erweisen, welche diejenigen mit Strafe bedrohen, die gesetzwidrig erlangte Geschäftsgeheimnisse zum Zwecke des Wettbewerbes unbefugt verwerthen.

Auch in Betreff dieser Fragen bedarf es keiner weiteren Erörterung, dass die Betrachtungsweise derselben sich vollständig ändert, wenn es sich nicht um die Contrahenten eines Dienstvertrages, sondern um die Theilnehmer an einem wirklichen, sei es staatlichen oder privaten, auf gegenseitigen dauernden Verpflichtungen beruhenden Beamtenverhältnisse handelt. In einem solchen Verhältnisse ist die dauernde Pflicht zur Verschwiegenheit, selbst nach der Auflösung desselben, eine aus der Natur der Sache hervorgehende und es liegt in dem Bestande einer solchen Pflicht auch gar keine Härte, da der Eintritt in ein Beamtenverhältniss ja in der Regel für die ganze Dauer der Arbeitsfähigkeit des Eintretenden erfolgt, in jedem Falle aber das Beamtenverhältniss nach seiner Natur als ein dauerndes, auf wechselseitigen Schutz- und Unterhalts- beziehungsweise Treuepflichten beruhendes Verhältniss sich darstellt. Nur bedarf es beim Beamtenverhältnisse zur Sicherung der Verschwiegenheitspflicht in der Regel gerade so wie zur Verhinderung des Vertragsbruches überhaupt, auch keiner besonderen Normen des gemeinen Strafrechts; für die grosse Mehrzahl der Fälle genügt zu diesem Zwecke, wie auch die österreichische und deutsche

Beamtengesetzgebung darthun[1]), der Bestand und die Übung der Disciplinargewalt.

Der hier nicht berührte Fall der, allenfalls durch Vereinbarung einer Conventionalstrafe noch sichergestellten Übernahme einer vertragsmässigen Verpflichtung zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses und die Frage der Zulässigkeit eines solchen Vertrages gehört unter die im nächsten Abschnitte zu behandelnden Gegenstände.

d. Die Concurrenzclauseln.

Es kann nicht der Zweck der folgenden Erörterung sein, den Gegenstand, welchen die vorstehende Aufschrift andeutet, irgendwie zu erschöpfen. Bei der Menge von hieher gehörigen Erscheinungen des Rechts- und Verkehrslebens, welche in neuerer Zeit überall zu Tage getreten sind und die öffentliche Discussion, die gesetzgebenden Factoren und die Judicatur aller Orten eingehend beschäftigt haben, bedürfte es hiezu einer selbstständigen Monographie. In dieser vielgestaltigen Erscheinungswelt fehlt es aber bisher an einem leitenden Faden, an einem Massstabe für die Beurtheilung aller dieser gleichsam unbewusst sich entwickelnden Gebilde. Vielleicht kann die in den vorstehenden Ausführungen hervorgehobene Unterscheidung auch auf diesem Gebiete zur Klärung etwas beitragen.

Ich will zunächst einige Beispiele der ausserordentlich verschiedenen Haltung der Gesetzgebung

---

[1]) §. 353 a Abs. 1 des deutschen Strafgesetzbuches; §. 102 c österr. St. G.

gegenüber dem Wettbewerbe, der Concurrenz hervorheben. Einerseits will ich in dieser Hinsicht auf die bereits einmal angeführten Art. 56, 59, 96, 157 des deutschen Handelsgesetzbuches verweisen. Durch die erstangeführten dieser Gesetzesvorschriften wird Procuristen, dann den zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten, endlich den Handlungsgehilfen untersagt, für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte zu machen. Durch die letzteren Bestimmungen wird den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft verboten, ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte zu machen, oder an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offene Gesellschafter Theil zu nehmen und wird diese Vorschrift auch auf die persönlich haftenden Gesellschafter einer Commanditgesellschaft als anwendbar erklärt.

Anderseits mag die Haltung der Gesetzgebung bezüglich der Concurrenz bei öffentlichen Versteigerungen hervorgehoben werden. In dieser Hinsicht bestimmt beispielsweise das österreichische Hofkanzleidecret vom 27. August 1838 (J.G.S. neue F.No. 277): „Verträge, wodurch Jemand bei einer von was immer für einer Behörde veranstalteten öffentlichen Versteigerung als Mitbieter nicht zu erscheinen oder nur bis zu einem bestimmten Preise oder sonst nur nach einem gegebenen Massstabe oder gar nicht mitzubieten verspricht, sind nichtig.“ Der §. 270 des preussischen Strafgesetzes v. Jahre 1851, welcher von dem deutschen Reichsgerichte

in seinem Urtheile v. 6. März 1888[1]), als eine Materie betreffend, die nicht Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuches ist, im Sinne des §. 2 des Einführungsgesetzes zu dem letzteren v. 31. Mai 1870 auch noch gegenwärtig als geltend erklärt wird, geht noch weiter, indem er demjenigen, welcher Andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei der von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen durch Gewalt oder Drohung oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vortheiles abhält, eine Geldbusse bis zu 300 Thalern oder Gefängnissstrafe bis zu sechs Monaten androht. Der Art. 412 des Code pénal enthält eine mit der letzteren ganz analoge Bestimmung. Eine selbstverständliche Folge dieser Strafnormen ist natürlich die Nichtigkeit der betreffenden Verträge.

In den ersteren der angeführten Vorschriften wird also die Concurrenz untersagt, in den letzteren dagegen die Ausschliessung der Concurrenz. Wo liegt nun der Grund dieser verschiedenen, uns übrigens durch die Natur der Sache vollkommen gerechtfertigt erscheinenden Gesetzesbestimmungen?

Dieser Grund scheint mir nicht schwer zu präcisiren. Die erstangeführten Normen betreffen Rechtsverhältnisse der wirthschaftlichen Organisation, Mandat, *societas* und das Verhältniss des Gehilfen zu seinem Dienstherrn, dem wir immer noch, wie auch die Ausführungen des vorigen Abschnittes dargethan haben, wohl in Erinnerung an vergangene Zeiten und weil wir begreifen, dass es für das Gedeihen des Betriebes rathsamer wäre,

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen, Bd. 17, S. 202.

so viel als möglich nach aussen den Anschein eines Organisations-, eines Treueverhältnisses zu geben bestrebt sind, obwohl es im Innern schon längst in der Regel keines mehr ist. In einem Organisationsverhältnisse aber geht es durchaus nicht an, dass, und zwar in dem auf der Gleichberechtigung sämmtlicher Mitglieder beruhenden Gesellschaftsorganismus irgend eines dieser Mitglieder, in der eine Vertretung oder Unterordnung enthaltenden Organisation aber die zur Vertretung berufenen und die untergeordneten Mitglieder den Interessen der Gesammtheit, beziehungsweise des Hauptes der Wirthschaft entgegenhandeln. Ein solches Vorgehen widerstreitet dem vernünftigen Zweck der Organisation und erscheint uns daher als völlig unerlaubt. Deshalb wird auf diesem Gebiete in den angedeuteten Richtungen der Wettbewerb ausgeschlossen.

Ganz anders steht die Frage bei einer öffentlichen Versteigerung. Eine Versteigerung ist gewissermassen das verkörperte Bild des Concurrenzkampfes. Hier ist die möglichst grosse Concurrenz die erste Voraussetzung für ein ihrem wirthschaftlichen Zweck entsprechendes Resultat der Versteigerung. Dieser Zweck kann nur durch Kampf erreicht werden und wer diesen wirthschaftlichen Kampf abzuschwächen oder gar zu verhindern trachtet, der handelt dem im allgemeinen Interesse angestrebten Zweck zuwider und daher unerlaubt. Der Zuschlag auf Grund einer vorhergegangenen Versteigerung ist wohl das allertypischeste Beispiel eines wahren Güteraustauschvertrages und deshalb muss hier der Wettbewerb befördert und jede Beschränkung desselben hintangehalten werden.

Ich habe in den vorstehenden Beispielen zunächst Fälle in den Kreis der Betrachtung gezogen, an welchen sich die hervorzuhebenden Erscheinungen so deutlich als möglich zeigen. Aber man könnte den hervorgehobenen Gegensatz mit grösserer oder geringerer Schärfe auch in zahlreichen anderen Fällen verfolgen und constatiren, in welchen nähere Berührungen zwischen den Gebieten der Organisations- und der Güteraustauschverträge stattfinden. An diesen Berührungspunkten entstehen in der Regel Schwierigkeiten, die eine legislative oder richterliche Lösung erheischen. Bei näherer Erwägung kann diese Erscheinung auch nicht Wunder nehmen. Für unser heutiges Verkehrsleben gelten in der Theorie als erste Axiome die Grundsätze der Vertragsfreiheit und der freien Concurrenz. Der befriedigendste wirthschaftliche Zustand soll erreicht werden durch möglichst uneingeschränkte, selbst rücksichtslose Bethätigung der individuellen Kräfte, durch frischen, fröhlichen Kampf. Dieser Kampf führt zum Siege der thatkräftigsten und tüchtigsten Kämpfer und mithin zum erwünschten Fortschritte. Alles und namentlich alle Vereinbarungen, welche die Beschränkung dieser freien Bethätigung der individuellen Kraft bezwecken oder zur Folge haben, erscheinen von diesem Standpunkte aus zweckwidrig. Ein hievon verschiedenes Bild bietet das Gebiet der Organisationsverträge, denn auf demselben soll nach der Natur der hiebei in Betracht kommenden Verhältnisse der angestrebte Zweck nicht durch den Kampf, sondern durch friedliches, organisirtes Zusammenwirken erreicht werden und es müssen zu diesem Behufe die Mitglieder einer solchen Organisation in der freien Bethätigung

ihrer Kräfte gewisse Beschränkungen erleiden und auf ihre Selbstständigkeit in gewisser Richtung verzichten. Bei dieser Sachlage und bei dem Bestande so verschiedenartiger erster Grundsätze auf beiden Gebieten kann es nicht fehlen, dass der Versuch der Übertragung von Elementen des einen Gebietes in das andere vielfach die Empfindung des Unerlaubten oder wie §. 138 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches sich ausdrückt, des gegen die guten Sitten Verstossenden hervorruft.

Diese Erscheinung zeigt sich sofort, wenn man auch nur die Consequenzen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit an und für sich ins Auge fasst. Dieser Grundsatz hat nämlich seiner Natur nach die Tendenz, sich selbst aufzuheben, also in gewissem Sinne eine selbstmörderische Tendenz. Kraft dieses Grundsatzes ist jede handlungsfähige Person zum Abschlusse beliebiger Verträge berechtigt; jeder Vertrag aber erzeugt Gebundenheit und schliesst dadurch auf seinem Gebiete und für seine Dauer die Vertragsfreiheit wieder aus. Es entsteht daher sofort die Frage, ob dieser vertragsmässigen Ausschliessung der Vertragsfreiheit gewisse Grenzen gezogen seien. Diese Frage wurde namentlich gegenüber den aus früherer Zeit überkommenen, die ganze Persönlichkeit ergreifenden Organisationsverhältnissen praktisch und insbesondere mit Rücksicht hierauf proclamirte der Art. 1780 des Code civil den Grundsatz: *On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise determinée.* Im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche findet sich die entsprechende Bestimmung im §. 624: „Ist das Dienstverhältniss für die Lebenszeit einer Person oder für längere Zeit als fünf

Jahre eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablaufe von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.“ Aber auch modernen Organisationsverträgen gegenüber wird das Princip der Vertragsfreiheit von der Gesetzgebung gewahrt, so namentlich durch den allgemein anerkannten Grundsatz der Kündbarkeit der auf Lebenszeit eingegangenen Gesellschaften[1]) und im Beamtenverhältnisse durch das dem Beamten zustehende Recht, das Dienstverhältniss jederzeit aufzulösen, ohne welche Berechtigung, wie Laband richtig hervorhebt[2]), der Staatsdienst Sklaverei wäre.

Die weiter gehende Frage, in wiefern der Zulässigkeit der Begründung von Organisationsverhältnissen überhaupt zum Zwecke der Wahrung der Grundsätze der Vertragsfreiheit und der freien Concurrenz in manchen Richtungen seitens der Gesetzgebung Grenzen zu ziehen sind, wird noch im folgenden Abschnitte mit Rücksicht auf die Erscheinungen des heutigen Verkehrs in Betracht zu ziehen sein.

Umgekehrt bietet aber auch die Gesetzgebung zahlreiche Beispiele, in welchen auf dem Gebiete der Organisationsverträge der Vertragsfreiheit, wie sie im Verkehr und namentlich in Betreff der Güteraustauschverträge allgemein anerkannt ist, mit Rücksicht auf die Natur der Organisationsverträge Grenzen gezogen sind, deren Überschreitung sich als unerlaubt, als gegen

[1]) Code civil Art. 1844, 1869; Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 123 Z. 6; Deutsches bürgerliches Gesetzbuch §. 724.

[2]) Laband a. a. O. Bd. I, S. 502.

die guten Sitten verstossend darstellt und die Nichtigkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte oder nach Lage der Sache andere nachtheilige Folgen nach sich zieht. Hieher gehört beispielsweise das Verbot der sogenannten *societas leonina* im römischen Rechte, die Bestimmung des Art. 536 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, wonach kein Gesellschafter zu seinem besonderen Vortheile Geschäfte betreiben darf, durch welche der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt würde, des schon früher berufenen §. 1013 des österr. bürgerlichen Gesetzbuches, wonach es dem Mandatar nicht gestattet ist, ohne Willen des Mandanten in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung von einem Dritten ein Geschenk anzunehmen und das erhaltene Geschenk zur Armencasse eingezogen wird, sowie die Vorschrift des gleichfalls bereits angeführten §. 15 Abs. 2 des deutschen Beamtengesetzes: „Jeder Reichsbeamte bedarf zur Annahme von Geschenken oder Belohnungen in Bezug auf sein Amt der Genehmigung der obersten Reichsbehörde."

Zu den vertragsmässigen Beschränkungen der Vertragsfreiheit und vornehmlich der freien Concurrenz gehören nun auch die sogenannten Concurrenzclauseln, durch welche der Inhaber eines Geschäftsbetriebes gegen die künftige Concurrenz eines anderen Unternehmers oder eines seiner derzeitigen Bediensteten, sei es überhaupt, oder für bestimmte Erzeugnisse, für eine bestimmte Zeit oder für einen bestimmten Ort sich vertragsmässig dadurch zu schützen sucht, dass der Concurrent sich verpflichtet, den Wettbewerb in der betreffenden Richtung, eventuell bei sonstigem Verfall

einer vereinbarten Conventionalstrafe, zu unterlassen. Die Anwendung dieser Clauseln ist in neuerer Zeit eine sehr häufige geworden, sie kommen überall vor und die Frage ihrer Zulässigkeit bildet in den verschiedenen Staaten den Gegenstand sehr zahlreicher richterlicher Entscheidungen. Eine besondere Art derselben bildet die früher erwähnte vertragsmässige Übernahme der Schweigepflicht in Betreff der Geschäftsgeheimnisse seitens Angestellter für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses.

Kohler hat in zwei seiner Arbeiten eine übersichtliche und sehr dankenswerthe Zusammenstellung einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen aus Deutschland, Frankreich, England und Amerika veröffentlicht.[1]) Diese aus so verschiedenen Rechtsgebieten stammenden Erkenntnisse kommen in ihrem Gesammtresultate — natürlich fehlt es nicht an einzelnen Abweichungen — in merkwürdiger Weise überein. Kohler formulirt den Rechtssatz, welcher sich als „Bilanz" aus der Zusammenstellung dieser Entscheidungen ergibt, in folgender Weise: „Ein weder zeitlich, noch örtlich beschränktes Verbot einer wirthschaftlichen Thätigkeitsform ist nichtig; ein zeitlich oder örtlich beschränktes Verbot ist giltig, sobald die Zeitdauer keine übermässige ist, oder der örtliche Umfang sich nicht über sämmtliche Kulturstaaten erstreckt, in denen die betreffende Thätigkeitsform sich fruchtbar entfalten kann." Er weist ferner darauf hin, dass in den betreffenden Entschei-

[1]) Kohler, J., Gesammelte Abhandlungen, Mannheim 1883, S. 62 ff. Kohler, J., Die Ideale im Recht in seinem und Ring's Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 5, S. 208 ff.

dungen vielfach der Satz besonders betont wird, dass derartige Vereinbarungen im Zweifel *pro libertate* zu interpretiren seien.

Bei ihren hieher gehörigen Entscheidungen stützen sich die Richter auf jene gesetzlichen Bestimmungen, wodurch Verträge, welche gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstossen, oder Unerlaubtes zum Gegenstande haben, als nichtig erklärt werden[1]), berufen sich wohl auch auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit und auf die durch die Gesetzgebung gewährleistete Gewerbefreiheit. Sehr charakteristisch sagt der französische Cassationshof in einem Erkenntnisse v. 5. Juli 1865: *Si la convention prive d'une manière absolue un citoyen du droit d'exercer son industrie, en quelque lieu que ce soit et pour toujours, elle est illicite, car elle détruit le droit que la constitution de 1789, d'accord avec la nature, déclare inaliénable.*" Die englische Jurisprudenz zählt die hieher gehörigen Fälle nicht zu den Fällen einer Verletzung der Moral oder der guten Sitten, sondern zu den Verträgen, welche gegen die „*public policy*" verstossen und spricht speciell von einem zu weit gehenden und daher unrechtmässigen „*restraint of trade*".[2]) Unter all diesen Formen zeigt sich das Widerstreben, ein Moment, welches zu den wesent-

---

[1]) l. 26, 27, pr. 35, §. 1, D. XLV, 1. Preuss. Landrecht I, 5, §§. 68, 69; Österr. bürgerl. Gesetzbuch §. 878; Deutsches bürgerl. Gesetzbuch §. 138; Code civil Art. 1133; Schweiz. Oblig. Recht Art. 17; Sächs. bürgerl. Gesetzbuch §. 793.

[2]) *Pollock, Fred., Principles of Contract. New-York 1891, S. 271 ff., 310 ff.*

lichen Bestandtheilen der Organisationsverträge gehört, und welches ihrer Natur des einheitlichen Zusammenwirkens der Theilnehmer zu demselben Zwecke vollkommen entspricht, nämlich die Ausschliessung der freien Concurrenz, auf dem Wege des Vertrages in das Gebiet des freien Verkehrs, der Güteraustauschverträge ungehindert eindringen zu lassen, und die Befürchtung, dass auf diese Weise die grundsätzliche Vertragsfreiheit und der freie Wettbewerb allmälich in ihr Gegentheil verwandelt werden könnten. Ein solcher Zustand würde den Grundlagen der geltenden Wirthschafts- und Verkehrsordnung geradezu widersprechen und die denselben fördernden Verträge erscheinen daher als gegen die öffentliche Ordnung gerichtet und unerlaubt.

Es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass es auf diesem Gebiete bei der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Verhältnisse und der möglichen Vereinbarungen nicht wohl angeht, allgemeine taxative Normen dafür aufzustellen, was unter dem angegebenen Gesichtspunkte noch als eine erlaubte Vereinbarung anzusehen sei und was nicht. Bei der Beurtheilung dieser Frage können die Besonderheiten des einzelnen Falles nicht ausser Acht gelassen werden und desshalb wird auch in allen Staaten dem Richter die Entscheidung hierüber von Fall zu Fall anheim gestellt. Selbst die Aufstellung allgemeiner, für die Entscheidung massgebender Gesichtspunkte begegnet grossen Schwierigkeiten, doch sind solche Versuche schon gemacht worden. So wird beispielsweise von Pollock[1]) an der Hand der betreffenden Präjudicate ausgeführt, dass eine Vereinbarung, ein be-

[1]) Pollock a. a. O. S. 315.

stimmtes Gewerbe oder Geschäft nicht zu betreiben, dann giltig sei, wenn sie 1. eine „*valuable consideration*“ enthält[1]) und wenn 2. die Beschränkung in ihrem zeitlichen oder sonstigen Umfange nicht weiter geht, als nach dem Urtheile des Richters mit Rücksicht auf die Natur des Gewerbes oder Geschäftes zum Schutze der anderen Partei vernünftiger Weise nothwendig ist. Einen hievon verschiedenen Gesichtspunkt stellt eine in dem vom deutschen Reichs-Justizamt ausgearbeiteten Entwurf eines Handelsgesetzbuches vom Jahre 1896 aufgenommene Bestimmung in den Vordergrund. Dort heisst es nämlich im §. 67: „Eine Vereinbarung zwischen dem Principal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, ist für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird. Löst der Principal, ohne dass in der Person des Handlungsgehülfen ein genügender Grund vorliegt, das Dienstverhältniss auf, oder gibt er durch vertragswidriges Verhalten dem Handlungsgehülfen Veranlassung zur Auflösung des Dienstverhältnisses, so kann er aus einer Vereinbarung der

[1]) Dieser Terminus des englischen Rechts ist nicht übersetzbar. Am ehesten dürfte der Ausdruck: „Gegenleistung“ den Sinn wiedergeben, wobei derselbe jedoch im weitesten Sinne zu verstehen ist, so dass beispielsweise auch ein Verzicht, eine Unterlassung u. zw. auch einer dritten Person gegenüber darunter fällt.

im Abs. 1 bezeichneten Art Ansprüche nicht geltend machen. Eine entgegengesetzte Vereinbarung ist nichtig.“ Im §. 68 werden die vorstehenden Bestimmungen auch auf Handlungslehrlinge anwendbar erklärt. Die beiden Anschauungen unterscheiden sich dadurch, dass die erste mehr das Interesse des den Schutz vor der Concurrenz anstrebenden Geschäftsinhabers, die zweite mehr das Interesse des künftigen Concurrenten betont; für beide Ansichten lassen sich mancherlei Gründe geltend machen, die Entscheidung wird aber unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles stets der Richter nach Billigkeit treffen müssen.

Auf einen Umstand mag an dieser Stelle noch hingewiesen werden. Die Entscheidung des Civilrichters beschränkt sich in Fällen der angeführten Art nach Erwägung der Sachlage naturgemäss auf das Erkenntniss, ob die betreffende die Einschränkung der Concurrenz in irgend welchem Umfange festsetzende Vereinbarung giltig oder nicht giltig sei. Im letzteren Falle verliert die ganze Vereinbarung ihre rechtliche Wirkung und treten die bekannten Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes ein, im ersteren Falle bleibt dagegen die ganze Vereinbarung in demselben Umfange zu Recht bestehen, in welchem sie abgeschlossen worden ist. Diese Gebundenheit in der Entscheidung führt zu Härten und zu Zwangslagen für den Richter, da er nur für vollständige Aufhebung oder für vollständige Beibehaltung der getroffenen Vereinbarung sich aussprechen kann. In sehr vielen Fällen würde aber gewiss die nur theilweise Aufrechterhaltung der Vereinbarung, namentlich die Einschränkung der

vereinbarten Concurrenzbeschränkungen auf das den Umständen des Falles, der Abwägung der beiderseitigen Interessen und der gewährten Gegenleistung entsprechende Mass als das Billige erscheinen. In dieser Hinsicht sollte wohl eine Erweiterung der richterlichen Befugnisse eintreten. Das österr. bürgerliche Gesetzbuch hat bezüglich eines mit Concurrenzclauseln in grosser Regel verbundenen Rechtsinstitutes, nämlich in Betreff der Conventionalstrafe im §. 1336 eine solche Befugniss des Richters anerkannt, welche nunmehr auch in den §. 343 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches übergegangen ist. Der Richter wird nämlich ermächtigt, die Vertragsstrafe, wenn sie als übermässig (§. 343 cit: unverhältnissmässig hoch) sich darstellt, auf Antrag des Schuldners durch Urtheil auf den angemessenen Betrag herabzusetzen. Dabei wird der Richter nicht nur — wie ihn der §. 343 ausdrücklich anweist — neben dem Vermögensinteresse noch jedes andere berechtigte Interesse des Gläubigers in Betracht ziehen, er wird auch die Höhe des möglichen und wirklichen Schadens, die sociale Stellung und wirthschaftliche Lage der Parteien, den Grad des Verschuldens auf Seiten des Schuldners und noch andere Momente zu berücksichtigen haben. Wie der österreichische oberste Gerichtshof bereits zu wiederholten Malen ausgesprochen hat[1]), ist diese Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches als eine zwingende anzusehen und daher ein vertrags-

[1]) Entscheidung v. 19. März 1884, Z. 1643, Glaser-Unger-Walther, Entscheidungen Nr. 9944; Entsch. v. 11. Dec. 1889, Z. 13195 G.-U.-W. Nr. 13048; Entsch. v. 3. Jänner 1895, Z. 15127 Österr. Gerichtshalle Nr. 33.

mässiger Verzicht auf dieses richterliche Mässigungsrecht ungiltig. In genau derselben Weise wäre dem Richter auch das Recht einzuräumen, die vereinbarten Concurrenzbeschränkungen auf Antrag der Partei unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse durch seinen Spruch auf das angemessene Mass, auf die richtige Mitte zwischen dem Streben nach Schutz auf der einen, und dem Streben nach wirthschaftlicher Entwicklung auf der anderen Seite zurückzuführen. Die Übertragung einer dem Gebiete der Organisationsverträge eigenthümlichen Pflicht ohne die dem Organisationsverhältnisse entsprechende Gegenverpflichtung, also der einen Hälfte eines gegenseitigen Treueverhältnisses ohne die dazu gehörige andere Hälfte auf das Gebiet des freien Verkehrs und der Güteraustauschverträge ist nothwendiger Weise mit Gefahren für den Verpflichteten verbunden und kann leicht zum Mittel der wirthschaftlichen Ausbeutung desselben werden, welcher die moderne Gesetzgebung, wie ich an anderer Stelle gezeigt habe[1]), auf dem Gebiete der Güteraustauschverträge nach Möglichkeit entgegenzutreten bestrebt ist. Von diesem Standpunkte ist es gewiss auch begründet, wenn der Richter durch die Gesetzgebung ermächtigt wird, solchen Verträgen auf den Grund zu sehen und ihnen nur insoweit den staatlichen Rechtsschutz zu gewähren, als ihre Bestimmungen vom Standpunkte beider Parteien als billig erscheinen und keine Ausbeutung enthalten.

---

[1]) Steinbach a. a. O. S. 3 ff.

e. Die Cartelle.

Bei dem Gegenstande, welchem ich zum Schlusse, von dem hier vertretenen Standpunkte aus, noch eine kurze Erörterung zu widmen beabsichtige, handelt es sich nicht allein um die schon im früheren Abschnitte berührte Frage, in wieweit es angeht, Verpflichtungen, welche den Organisationsverträgen eigenthümlich sind, auf das Gebiet des freien Verkehrs zu übertragen, obwohl bei der Vielgestaltigkeit der modernen Cartellbewegung diese Frage auch hier mitwirkt. An dieser Stelle kommt aber noch eine andere, wichtigere und viel weitere Gesichtspunkte eröffnende Frage in Betracht. Das rasche Umsichgreifen der Cartellbildung in unserer Zeit, ihr stetiges Wachsthum und ihr mächtiger Einfluss auf Produktion und Preisbildung, ja auf die ganze Gestaltung der Wirthschaft und des Verkehrs, regt nämlich die Frage an, welche Stellung denn in unserer gegenwärtigen, auf dem freien Verkehr und der Concurrenz beruhenden Wirthschaftsordnung der Staat gegenüber der Bildung von wirthschaftlichen Organisationen einnehmen solle, welche in ihrem Bereiche die Vertragsfreiheit und die Concurrenz, also den wirthschaftlichen Kampf ausschliessen und an die Stelle desselben das Zusammenwirken zur Erreichung desselben Zweckes — dessen Nützlichkeit oder Schädlichkeit für das allgemeine Interesse zunächst völlig ausser Betracht bleiben kann — setzen. Die schon an sich betrachtet ausserordentliche Wichtigkeit dieser Frage für den Staat steigt noch, wenn möglich, in einer Zeit, wie die gegenwärtige, welcher die Neigung zur Entstehung und zum Wachsthum beruflicher Organisationen in hohem Grade

innewohnt.[1]) Der Bestand und die Thätigkeit solcher Organisationen, seien es nun solche, welche auf der Gleichberechtigung der Mitglieder oder auf ihrer hierarchischen Gliederung und Unterordnung beruhen, kann nämlich für die Schicksale des Staates und seiner Bevölkerung geradezu ausschlaggebend werden. Man denke nur an Coalitionen und Cartelle einerseits, an die grossen Privateisenbahnunternehmungen mit ihren wohlorganisirten Beamtenkörpern anderseits, von welch' letzteren in Frankreich seit jeher die Meinung besteht, dass sie es eigentlich sind, welche den massgebenden Einfluss auf die Regierung des Staates ausüben.

Principiell betrachtet entsteht diese Frage über die von dem Staate einzunehmende Haltung schon bei der Errichtung jeder gewöhnlichen gemeinrechtlichen oder Handelsgesellschaft, sowie bei der Anstellung jedes Privatbeamten, denn durch jeden dieser Verträge wird für den Bereich desselben der Wettbewerb zwischen den Contrahenten ausgeschlossen und an die Stelle desselben ein gegenseitiges, die Verfolgung des eigenen Vortheiles auf Kosten des Vertragsgenossen ausschliessendes Treueverhältniss gesetzt. Es kann ganz leicht der Fall sein, dass insbesondere beim Vorhandensein von nur wenigen Concurrenten in einem Geschäftszweige die Errichtung einer gewöhnlichen Gesellschaft zwischen denselben bereits alle Wirkungen eines faktischen Monopols zur Folge hat. Aus diesem Grunde hat beispielsweise schon das nordamerikanische Bundesgesetz v. 4. Febr. 1887 (der sog. *Interstate Commerce Act)* im Art. 5 den Eisenbahnen verboten,

[1]) Steinbach a. a. O. S. 29 ff., 50 ff.

unter einander Verträge über die Theilung der Erträgnisse von Concurrenzlinien zu schliessen *(pooling)* und hat dadurch das s. g. Participationscartell ausgeschlossen. Im Allgemeinen ist der Staat nirgends so weit gegangen, den Abschluss der genannten Organisationsverträge überhaupt zu untersagen oder sich ein Verbots- oder Genehmigungsrecht bezüglich derselben vorzubehalten. Zu solchen Mitteln wurde immer erst gegriffen, wenn die betreffenden Organisationen durch ihre Ausdehnung oder durch die von ihnen verfolgten Zwecke einen für die Interessen des Staates und der von ihm vertretenen Allgemeinheit bedenklichen Charakter anzunehmen schienen. Dieser Fall ist aber verhältnissmässig schon sehr früh eingetreten.

Es ist allgemein bekannt, dass sich einschlägige Vorschriften schon im justinianeischen Codex finden und zwar im 59. Titel des 4. Buches, welcher die Überschrift trägt: „Von den Monopolien und der unerlaubten Übereinkunft der Kaufleute, sowie von den verbotenen und unerlaubten Vereinbarungen der Handwerker und Badewirthe.“ Eine dort aufgenommene Verordnung des Kaisers Zeno aus dem Jahr 483 erstreckt sich, wie Menzel[1]) ausführt, nicht bloss auf Getreide und Lebensmittel, sondern auf alle Gebrauchsgegenstände, ja sogar auf Arbeitsleistungen. Sie untersagt alle Verabredungen, kraft deren irgend eine Waare nicht unter einem bestimmten Preise verkauft werden dürfe, und verbietet den Handwerkern unter sich zu verabreden, dass keiner von ihnen die von dem Genossen be-

[1]) Prof. Dr. Adolf Menzel, Referat für die Generalversammlung des Vereins für Socialpolitik vom J. 1894 über wirthschaftliche Cartelle. S. 31.

gonnene, aber stehen gelassene Arbeit fortsetzen und vollenden dürfe. Solche Verabredungen werden mit einer Geldstrafe von 50 Pfund Gold bedroht. Analoge Bestimmungen finden sich auch vielfach in der Gesetzgebung des Mittelalters und der ersten Jahrhunderte der Neuzeit.[1]) Sehr bezeichnend ist die gleichfalls von Menzel angeführte Reichspolizeiordnung von 1577, weil dieselbe neben das durch die Androhung harter Strafen, wie Vermögensconfiscation und Landesverweisung unterstützte Verbot der einschlägigen Verabredungen, wie z. B. dass der Käufer oder Verkäufer die Waare von niemand Anderem kaufen oder niemand Anderem verkaufen dürfe, oder dass die Waare nicht unter einem bestimmten Preise verkauft werden dürfe, die Bestimmung setzt, dass „ehrliche Compagnien" durchaus gestattet sind. Es sollte also der Gedanke ausgeschlossen werden, dass sich die Tendenz der Gesetzgebung gegen die *societas*, gegen den Organisationsvertrag als solchen richte; nur gewisse Gesellschaften sollten wegen ihres verwerflich erscheinenden Zweckes verboten sein.

Am weitesten in principieller Abneigung gegen den Organisationsvertrag als solchen ging wohl die französische Gesetzgebung der Revolutionszeit. In dieser Hinsicht ist das Decret v. 14—17. Juni 1791 über die Versammlungen der Bürger desselben Berufes so merkwürdig, dass es als voraussichtlich in deutschen Ländern weniger bekannt, theilweise wörtliche Anführung verdient. Es lautet in seinen hiehergehörigen Hauptbestimmungen:

[1]) Menzel a. a. O. *Babled, Henri, Les syndicats de producteurs et détenteurs de marchandises. Paris 1893.*

Art. 1. L'anéantissement de toutes espèces de corporations de citoyens du même état et profession étant l'une des bases fondamentales de la Constitution française, il est défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte et sous quelque forme que ce soit.

Art. 2. Les citoyens d'un même état ou profession . . . . ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements sur leurs prétendus intérêts communs.

Art. 4. Si, contre les principes de la liberté, et de la Constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers prenaient des délibérations ou faisaient entre eux des conventions tendant à refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations ou conventions sont déclarées inconstitutionelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme et de nul effet: . . . . leurs auteurs ou instigateurs seront condamnés par le tribunal de police de la commune à 500 livres d'amende chacun, et suspendus pendant un an de l'exercice de tous droits de citoyens actifs . . . .

Die wahre Einsicht in die Bedeutung dieses Decretes erhält man aber erst durch den darüber von Le Chapelier Namens des Verfassungsausschusses in der *Assemblée constituante* erstatteten Bericht. Er sagt dort: „*Sans doute il doit être permis à tous les citoyens de s'assembler; mais il ne doit pas être permis aux citoyens de certaines professions de s'assembler pour leurs prétendus intérêts communs: il n'y a plus de*

corporation dans l'État, il n'y a plus que l'intérêt particulier de chaque individu et l'intérêt général. Il n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire et de les séparer de la chose publique par un esprit de corporation." Hier ist der Grundgedanke deutlich zum Ausdrucke gebracht. Das Volk besteht aus einer Menge völlig zusammenhangloser Individuen, von denen jedes lediglich sein eigenes Interesse vertritt. Ausser demselben besteht nur das allgemeine Interesse, zu dessen Wahrung der Staat berufen ist und der um jeden Preis zu verhindern hat, dass nicht etwa corporative Zwischeninteressen sich bilden und zu Einfluss gelangen. Das merkwürdigste an der ganzen Construction ist gewiss, dass es Leute gegeben hat, die sie ernstlich für möglich gehalten haben.

Auch die französische Gesetzgebung ist trotz des eben ausgesprochenen principiellen Standpunktes nie so weit gegangen, die *societas* des Privatrechtes einfach für unerlaubt zu erklären; wohl aber macht es der erwähnte Standpunkt begreiflich, dass trotz des rein privatrechtlichen Charakters, welcher nach dem Code civil dem Arbeitsvertrage beigelegt wurde, die Coalitionen der Arbeitgeber und Arbeiter verboten blieben und in den Art. 414—416 des Code pénal mit verhältnissmässig harter Strafe bedroht wurden. So blieb es auch bis zum Gesetze vom 25. Mai 1864, welches die bezeichneten Artikel des Code pénal aufhob. Volle Coalitionsfreiheit, namentlich durch Beseitigung der betreffenden Hindernisse der Vereinsgesetzgebung ist

aber in Frankreich erst in Folge des Gesetzes vom 21. März 1884 eingetreten.

Die andere, gegen die Unternehmer als solche in Betreff der Verabredungen über die Höhe der Preise ihrer Produkte gerichtete Seite des Gesetzes vom Jahre 1791 fand ihre Fortsetzung in der unheilvollen Gesetzgebung des Jahres 1793 über das Accaparement und das Maximum und gedieh endlich zu definitiver Gestalt in dem nach der herrschenden Meinung in der französischen Jurisprudenz noch derzeit in Geltung stehenden Art. 419 des Code pénal, der namentlich auch alle jene mit öffentlicher Strafe bedroht: *„qui par réunion ou coalition entre les principaux détenteurs de la même marchandise ou denrée, tendant à ne pas la vendre, ou à ne la vendre qu'à un certain prix . . . auront opéré la hausse ou la baisse des prix des denrées ou marchandises . . . au dessus ou au dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce.“*

Die Gesetzgebungen anderer Staaten sind in ihrer Haltung gegenüber der Bildung der wirthschaftlichen Organisationen, namentlich von societätsartigen Verbänden noch weniger zu einer principiellen Stellungnahme gelangt, als die französische Gesetzgebung; doch finden sich auch in ihrem Bereiche zahlreiche Bestimmungen in den angedeuteten beiden Richtungen, nämlich einerseits in Betreff der Coalitionen der Arbeitgeber und Arbeiter behufs Einflussnahme auf die Bedingungen des Arbeitsvertrages und andererseits im Betreff der Unternehmerverbände zur Beeinflussung der Produktion und des Preises der nöthigen Lebensmittel und sonstigen

Waaren. Die Strafbestimmungen der ersteren Art sind aber überall dem Grundsatz der Coalitionsfreiheit gewichen und bestehen, wie ja auch in Frankreich, nicht mehr zu Recht[1]), doch wurde mehrfach, namentlich im deutschen Reiche und in Österreich die privatrechtliche Wirkungslosigkeit der betreffenden unter Arbeitgebern oder Arbeitern getroffenen Vereinbarungen ausgesprochen.

Die Bestimmungen der zweiten Art, welche in früheren Zeiten in Folge des Bestrebens der Regierungen, die bei der damaligen Beschränkung der Märkte leichter zu bewerkstelligende Preissteigerung der Waaren, insbesondere aber der nothwendigen Lebensmittel zu verhindern, gleichfalls sehr häufig vorkamen, und namentlich die Aufspeicherung solcher Waaren und die den Preis derselben beeinflussenden Verabredungen mit schwerer Strafe bedrohten, sind gleichfalls grössentheils längst von dem Loose der Aufhebung ereilt worden. Das gemeine deutsche Strafrecht hatte in dieser Richtung sogar einen besonderen Verbrechensbegriff ausgestaltet, welcher als Monopolium oder als Dardanariat bezeichnet wurde, und von welchem der durch das bereits angeführte Gesetz vom 7. April 1870 aufgehobene §. 479 des österreichischen Strafgesetzbuches noch ein Überrest war[2]). In der Mehrzahl der neueren Strafgesetzbücher,

---

[1]) S. beispielsweise §. 152 der deutschen Reichsgewerbeordnung; österr. Gesetz v. 7. April 1870, R. G. B. No. 43. Vgl. zu dieser Frage die sehr übersichtliche Zusammenstellung bei Böninger, Die Bestrafung des Arbeitsvertragsbruches. Tübingen 1891.

[2]) §. 479 bestimmte, dass Verabredungen von Gewerbsleuten, um den Preis einer Waare oder einer Arbeit zum

so namentlich im deutschen Reichsstrafgesetzbuche und im ungarischen Strafgesetzbuche, finden sich einschlägige Strafdrohungen nicht mehr. Dagegen besteht in Frankreich noch der früher angeführte Art. 419 des Code pénal, in England kann es zweifelhaft sein, ob in einer Verabredung der bezeichneten Art nicht etwa der strafbare Thatbestand einer *conspiracy* liege[1]) und in Italien können die Art. 293 und 326 des neuen Strafgesetzbuches vom 30. Juni 1889, welche die Verbreitung falscher Nachrichten und überhaupt die Anwendung doloser Mittel zum Zwecke der Erhöhung oder Erniedrigung des Waarenpreises auf einer Börse oder auf einem Markte, sowie zur Herbeiführung eines Mangels und der Vertheuerung von Lebensmitteln mit Strafen bedrohen, immerhin unter Umständen vielleicht auch auf solche Verabredungen Anwendung finden, obwohl dagegen der Umstand spricht, dass in diesen Vorschriften, welchen offenbar der Art. 419 des Code pénal zum Vorbilde gedient hat, gerade die ausdrückliche Anführung der *réunion* und *coalition* als strafbar fehlt.

Neben der allfälligen strafrechtlichen Ahndung der bezeichneten Verabredungen kommt aber auch noch die Frage ihrer Giltigkeit vom Standpunkte des Privatrechtes

---

Nachtheile des Publikums zu erhöhen oder zu ihrem eigenen Vortheile herabzusetzen, oder um Mangel zu verursachen, als Übertretungen zu bestrafen sind.

[1]) *Stephen's New Commentaries on the laws of England Bd. IV, S. 274*: „*The offence of conspiracy may be correctly described as a combination or agreement to carry into effect a purpose hurtful to some individual, or to particular classes of the community or to the public at large.* Vgl. darüber Babled a. a. O. S. 192.

in Betracht und dabei zeigt es sich, dass auf solche Vereinbarungen von den Richtern der verschiedenen Staaten nicht selten die im vorigen Abschnitte erwähnten Bestimmungen über die Nichtigkeit unerlaubter, beziehungsweise gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung (die *public policy*) verstossender Verträge zur Anwendung gebracht und demzufolge die betreffenden Verabredungen unter Umständen als nichtig erklärt werden.[1]) Wie in den im früheren Abschnitte behandelten Fällen wird es sich auch hier stets um eine nach Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles und der Bedeutung und Berechtigung der einander widerstreitenden Interessen zu treffende Einzelentscheidung handeln. Auf einem besonderen Standpunkte befindet sich in dieser Frage die österreichische Gesetzgebung, da durch §. 4 des angeführten Gesetzes v. 7. April 1870 alle Verabredungen von Gewerbsleuten zu dem Zwecke, um den Preis einer Waare zum Nachtheile des Publikums zu erhöhen, ganz allgemein als rechtlich wirkungslos erklärt werden.

Eine ausserordentlich lebhafte Entwicklung hat die bezügliche Gesetzgebung bekanntlich auf dem amerikanischen Continente, u. zw. in den Vereinigten Staaten und in Canada genommen, geleitet von dem Bestreben den dort in besonders fühlbarer Weise hervorgetretenen Übelständen der Unternehmerverbände in wirksamer Weise entgegenzutreten. Zu diesem Zwecke hat man den Weg der Strafgesetzgebung gewählt und insbesondere es als eine strafbare „*conspiracy*“

---

[1]) Kohler, J., Die Ideale im Recht a. a. O. S. 218 ff.

erklärt, wenn zwei oder mehrere Personen Verabredungen treffen zur Regulirung oder Festsetzung des Preises irgend eines Artikels oder zur quantitativen Bestimmung, wie viel von einem Artikel fabrizirt oder verkauft werden soll. Laut des von Ernst Levy von Halle im Jahre 1894 dem Verein für Socialpolitik erstatteten Gutachtens[1]) sind in ungefähr zwanzig Staaten und fünf Territorien der Union solche Antitrustgesetze erlassen worden.

Überblickt man nun diese verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen, deren Mittheilung und Inhaltsangabe auf das Möglichste beschränkt wurde, zumal die Litteratur über Coalitionen und Cartelle eine sehr umfangreiche geworden ist und das thatsächliche Gesetzgebungsmaterial von jedem Leser leicht ergänzt werden kann, so ist nicht zu verkennen, dass die Haltung des Staates gegenüber den Verträgen der wirthschaftlichen Organisation, seien es nun solche, welche auf der Gleichberechtigung der Vertragsgenossen beruhen, oder eine Unterordnung des einen unter den anderen begründen sollen, nirgends eine principiell ablehnende ist. Bezüglich der letzteren Kategorie, sowie bezüglich der früher erwähnten dritten, welche die Vertretung des Subjektes der Wirthschaft durch eine andere Person bezweckt, fehlt es überhaupt an einschränkenden Vorschriften, wenn man nicht etwa als indirekt beschränkend jene Bestimmungen hieher rechnen will, wonach zur Begründung mancher grossen Unternehmungen, z. B. von Eisenbahnen, von Schiffahrtsunternehmungen, von Berg-

[1]) Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 60, S. *132.

werken, Versicherungsanstalten u. s. w. oder von gewissen Unternehmungsformen, z. B. der Aktiengesellschaften überhaupt (letzteres ist bekanntlich noch in Österreich der Fall) vielfach eine besondere staatliche Bewilligung erforderlich ist und daher mittelbar auch die Zulässigkeit der Organisirung des zum Betriebe der betreffenden Unternehmung erforderlichen Privatbeamtenkörpers von der erwähnten staatlichen Bewilligung bedingt ist. In Betreff der erstgenannten Kategorie von Organisationsverträgen aber müssen wir constatiren, dass in dieser Hinsicht manche Beschränkungen bestehen, welche darauf zurückzuführen sind, dass diese Verträge in manchen Fällen mit Rücksicht auf den Umfang ihres Geltungskreises und auf ihren Inhalt in die als Grundlagen unserer heutigen wirthschaftlichen Ordnung anerkannten Principien der Vertragsfreiheit und der freien Concurrenz allzutief einzugreifen, ja zum Theile den Bestand dieser Principien durch vertragsmässige Statuirung künstlicher Monopolverhältnisse geradezu zu gefährden scheinen. Also auch in dieser Richtung besteht nicht eine principiell ablehnende Haltung des Staates gegen die Organisationsverträge, sondern nur eine Tendenz nach Beschränkung derselben mit Rücksicht auf die mit dem Bestande gewisser Arten der betreffenden Organisationen für die ersten Grundlagen unserer Wirthschaftsordnung verbundenen Gefahren.

Nun ist aber freilich nicht in Abrede zu stellen, dass diese Tendenz in letzter Zeit im Wachsen begriffen ist, wenngleich mit Ausnahme der früher erwähnten amerikanischen Gesetze die Spuren dieses Wachsthums

in der Gesetzgebung noch nicht zu bemerken sind. Die Zahl und die Ausdehnung der Unternehmerverbände der bezeichneten Art wird aber von Tag zu Tag grösser, ihr Einfluss auf die Gestaltung des ganzen Verkehrs und namentlich die durch sie bewirkte Beschränkung der freien Concurrenz stets umfangreicher, damit aber auch die mit dieser wirthschaftlichen Erscheinung verbundenen Übelstände stets fühlbarer und daher auch der Ruf nach Abhilfe gegen diese letzteren stets dringender. Das Verlangen nach einer sogenannten energischen Gesetzgebung gegen die Cartelle erfüllt überall die öffentliche Meinung und die gesetzgebenden Körper und es steht zu erwarten, dass bald der Versuch werde gemacht werden, die Periode der Erhebungen und Studien abzuschliessen, und diesem Verlangen durch gesetzgeberische Thaten Ausdruck zu geben. Diese allgemein bekannte Sachlage lässt es gewiss gerechtfertigt erscheinen, noch die Frage aufzuwerfen, welche Mittel der Gesetzgebung in der sogenannten Cartellfrage denn eigentlich zu Gebote stehen.

Dem Gegenstande meiner Erörterungen entsprechend, glaube ich an dieser Stelle von der Besprechung solcher Massregeln gegen die Cartelle, welche nicht dem Rechtsgebiete angehören, Umgang nehmen zu dürfen. Man hat in dieser Beziehung neben der Empfehlung der Bildung von Gegencoalitionen seitens der Consumenten — eine Massregel, welche überhaupt nicht dem Gebiete der Gesetzgebung angehört — namentlich auf die Bekämpfung der Cartelle durch eine dauernde oder vorübergehende Aufhebung oder Herabsetzung der zum Schutze der cartellirten Production etwa bestehenden Einfuhrszölle,

sowie auf die Verstaatlichung der Cartelle, also auf die Umwandlung des faktischen Cartellmonopols in ein gesetzliches Staatsmonopol unter gleichzeitiger Expropriation der Unternehmer hingewiesen. Diese Vorschläge bewegen sich auf volkswirthschaftlichem Gebiete und fallen ausserhalb des Rahmens meiner Untersuchung. Nur soviel will ich in Betreff derselben bemerken, dass sie von ausserordentlicher Tragweite sind und, ganz abgesehen von der Frage ihrer Räthlichkeit und allgemeinen Anwendbarkeit, wohl noch ganz andere Folgen nach sich ziehen würden, als die angestrebte Einschränkung der Cartelle.

Wenn man nun aber, abgesehen von den erwähnten Vorschlägen, auf dem Standpunkte steht, dass bezüglich der Abwehr der durch die Cartelle hervorgerufenen Übelstände auf dem Rechtsgebiete irgend etwas vorgekehrt werden solle — und das ist heutzutage wohl die herrschende Ansicht — so stehen zu diesem Zwecke drei verschiedene Wege offen. Diese will ich nunmehr noch besprechen.

Der erste und naheliegendste Weg ist die Nachahmung der neuen amerikanischen Gesetzgebung, die Repression der schädlichen Cartelle durch die Strafgesetzgebung. Die Erfahrungen, welche aus den bisherigen praktischen Versuchen sich ergeben, sind freilich nicht sehr ermunternd. In Frankreich hat die juristische Interpretationskunst den Art. 419 des Code pénal zu einem Hauptobjekte ihrer Thätigkeit gemacht und ist dabei zu zahlreichen Streitfragen und zum Theile zu wenig befriedigenden Resultaten gelangt. So wurde aus der Bestimmung, dass der mit Strafe be-

drohte Verband von den „*principaux détenteurs*“ einer Waare gebildet sein müsse, gefolgert, dass Waarenbesitzer, auf welche nach der Sachlage das hervorgehobene Wort keine Anwendung finde, sich nicht dieser strafbaren Handlung schuldig machen können; es wurde lange darüber gestritten, ob unter „*marchandise ou denrée*“ auch unkörperliche Leistungen, namentlich Transportleistungen verstanden werden können; es wird sehr lebhaft erörtert, worin der dolus bei dieser strafbaren Handlung bestehe; es wird begehrt, dass der Wille der Contrahenten direct darauf gerichtet gewesen sei, ein Steigen oder Sinken der Waarenpreise herbeizuführen, welches durch die Wirkung der freien Concurrenz nicht erfolgt wäre; es wird aber auch noch der Beweis dafür verlangt, dass durch die Verabredung ein Steigen oder Sinken des Waarenpreises in der That eingetreten sei und wird der aus irgend welcher Ursache ohne Wirkung gebliebene Versuch als straflos erklärt u. s. w. Die praktischen Wirkungen dieser Gesetzesbestimmung auf die Cartellbewegung sind daher auch im Ganzen gering geblieben und Menzel macht mit Recht darauf aufmerksam, dass der Pariser Appellhof die an dem berüchtigten Kupferring betheiligten Personen von der Übertretung des Art. 419 — und zwar zufolge einer ganz besonders restrictiven Interpretation, da nämlich eine ausdrückliche Verabredung, das aufgespeicherte Kupfer überhaupt nicht oder nicht unter einem bestimmten Preise zu verkaufen, nicht nachgewiesen werden konnte[1]) — freigesprochen hat.

Auch die durch die amerikanische Strafgesetz-

[1]) Babled a. a. O. S. 136 ff.

gebung erzielten Resultate scheinen nichts weniger als den gehegten Erwartungen zu entsprechen. Ganz abgesehen von der uns hier nicht näher berührenden, nach amerikanischem Rechte anregbaren Frage der Verfassungsmässigkeit dieser Gesetze leiden dieselben, wie auch von amerikanischen Juristen hervorgehoben wird[1]), an einer mit unseren Begriffen vom Strafrechte kaum verträglichen Unbestimmtheit. In dem für den Staat Illinois erlassenen Gesetze v. 11. Juni 1891 beispielsweise wird für strafbar erklärt die Gründung, der Eintritt oder der Erwerb der Mitgliedschaft von irgend einem *„pool, trust, agreement, combination, confederation or understanding“*, um den Preis irgend eines Waaren- oder Bedürfnissartikels zu reguliren oder festzusetzen, oder um die Menge oder Quantität irgend eines Artikels, Gutes oder Waare, welche in diesem Staate verfertigt, gegraben, erzeugt oder verkauft werden soll, festzusetzen oder zu beschränken.[2]) Es scheint jedoch diese Gesetzgebung immerhin einen Erfolg gehabt zu haben. Da nämlich einige gerichtliche Entscheidungen befürchten lassen mussten, dass die Rechtspflege des Landes gegen die Cartelle vorgehen werde, so gab man in der Form nach und nun wurden die Cartelle und Trusts in grosse Corporationen umgestaltet, die nicht unter die gedachten Gesetze fielen. Ernst v. Halle bemerkt in dieser Hinsicht[3]): „Wir haben nun das merkwürdige Schauspiel, auf der einen Seite werden die strengsten Gesetze gegen Trusts

[1]) v. Halle a. a. O. S. *132.
[2]) Schriften des Vereins für Socialpolitik a. a. O. S. *222.
[3]) v. Halle a. a. O. S. *173.

und Combinationen eingebracht, auf der anderen das Corporationsgesetz so umgeformt, um den alten Trusts etc. eine Umwandlung in neue Formen und Weiterarbeiten im Staate möglichst zu erleichtern, wie man denn auch in der Steuergesetzgebung fremden Corporationen freundlich entgegenkommt.“ Durch diese Umwandlung des Verbandes einer Mehrzahl von Unternehmern in eine nach aussen als einheitliche Persönlichkeit erscheinende Corporation entgehen die Cartelle in sehr einfacher Weise den Drohungen der Strafgesetze, welche von dem Begriffe der *conspiracy* ausgehen. Das ist genau derselbe Standpunkt, der auch die französische Jurisprudenz in dieser Frage beherrscht, und den Babled[1]) dahin präcisirt, dass das Delict des Art. 419 cit. nicht einer Handels- oder Finanzgesellschaft imputirt werden könne, welche für sich allein künstliche Veränderungen in den Preisen zu bewirken bestrebt ist, wenngleich diese Gesellschaft den grössten Theil der Erzeuger oder Besitzer einer Waare umfassen könne. Aber ihre individuellen Personen verschwinden, um einer einheitlichen Persönlichkeit, nämlich der Gesellschaft, Raum zu geben. Daher fehlt ein zum Delict des Art. 419 unentbehrliches Moment, die Mehrheit der Handelnden. Im Wesen der Sache hat sich aber natürlich durch diese Umwandlung des Trust in eine Corporation nicht das Mindeste geändert und Halle, der hervorhebt, dass diese Umwandlung sich in einem sehr einfachen, lediglich formalen Verfahren vollzog, erwähnt ausdrücklich des Umstandes, wie ihm ein früherer Trustee, jetziger Verwaltungsrath gesagt habe, dass

[1]) Babled a. a. O. S. 134.

demselben nicht der geringste Unterschied in seiner jetzigen, gegen seine frühere Stellung bemerkbar geworden sei.[1])

Diese Erfahrungen lassen mit Bestimmtheit die überwiegenden Bedenken erkennen, welche dem Versuche einer strafrechtlichen Bekämpfung der Übelstände der Cartelle sich entgegenstellen. Bei der Einschlagung dieses Weges ist es nämlich unbedingt geboten, möglichst präcise strafrechtliche Thatbestände zu formuliren, um nicht in den Verkehr ein allzu grosses Element der Unsicherheit hineinzutragen; demungeachtet werden bei der Vielgestaltigkeit der möglichen Cartellvereinbarungen diese Thatbestände immer noch sehr weitgehend und allgemein sein müssen, um nicht von vorneherein den ganzen Versuch als einen Schlag ins Wasser erscheinen zu lassen. Anderseits ist aber trotz aller noch so umfassenden Strafdrohungen die Umgehung der betreffenden Gesetze durch Bildung förmlicher Handelsgesellschaften oder societätsartiger Corporationen gar nicht zu vermeiden, da der Ausschluss der Concurrenz unter den Theilnehmern und ihr Zusammenwirken zu demselben wirthschaftlichen Zwecke zum gesetzlich anerkannten Wesen der *societas* als eines Organisationsvertrages gehört und man doch nicht die Errichtung einer Handelsgesellschaft und die Gründung einer Corporation als solche mit Strafe bedrohen kann.[2]) Es muss an

[1]) v. Halle a. a. O. S. *174.

[2]) Ob man bei der Gründung einer Corporation zugleich die Annahme des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages für nöthig erachtet oder nicht, worüber bekanntlich Streit herrscht, ist für die hier in Rede stehende Frage ohne

dieser Stelle aber auch noch darauf Gewicht gelegt werden, dass von berufenster Seite[1]) längst darauf hingewiesen wurde, dass die Cartelle wohl viele Missstände mit sich führen können, dass denselben aber in unseren chaotischen, vielfach an das Hobbes'sche *bellum omnium contra omnes* erinnernden Productions- und Verkehrsverhältnissen, namentlich was die Regelung der Production anbelangt, auch eine sehr wohlthätige Wirkung zukommen könne, so dass eben alles, gute und schlechte Wirkungen, von dem Inhalte der getroffenen Verabredungen und den bestehenden Productions- und Verkehrsverhältnissen abhängt. Muss aber diese Sachlage als zutreffend anerkannt werden, dann ist auch klar, dass durch die nothwendiger Weise allgemeinen Strafbestimmungen gegen die Cartelle das Kind mit dem Bade verschüttet wird.

Ein zweiter Weg zur Bekämpfung der hervorgetretenen Übelstände führt auf dem Gebiete des Privatrechtes. Wie bereits früher hervorgehoben wurde, steht dieser Weg, nämlich die civilrechtliche Anfechtung der Cartelle als unerlaubter oder gegen die öffentliche Ordnung verstossender Verträge wohl überall heute schon offen, ja in Österreich sind hieher gehörige Verabredungen durch das Gesetz sogar ausdrücklich als rechtlich wirkungslos erklärt worden. Von einer praktischen Wirkung dieses Anfechtungsrechtes hört

Belang, da diese Verschiedenheit der Ansichten den inneren Charakter der Corporation als eines societätsartigen Rechtsverhältnisses der wirthschaftlichen Organisation nicht berührt.

[1]) Kleinwächter, Die Cartelle, Innsbruck 1883. Brentano, Die Ursachen unserer heutigen socialen Noth, Leipzig 1889; Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 61.

man aber nur verhältnissmässig wenig, am meisten noch in Frankreich und Amerika; als österreichischer Jurist muss ich gestehen, dass mir ein Erkenntniss über die Anwendung des §. 4 des Gesetzes v. 7. April 1870 auf Cartelle noch nicht bekannt geworden ist. Diese Erscheinung bietet übrigens bei näherer Betrachtung keinen Anlass zur Verwunderung.

Offenbar sind es hauptsächlich zwei Umstände, welchen es zuzuschreiben ist, dass die Judicatur des Civilrichters in Cartellsachen verhältnissmässig so selten angerufen wird. In erster Linie gewiss der Umstand, dass die Theilnehmer an der Cartellverabredung nach dem gewöhnlichen und beabsichtigten Laufe der Dinge in der Regel keinen Anlass haben, die Verabredung anzufechten, da nicht sie die durch dieselbe Beschädigten sind, dieselbe vielmehr ihren gemeinsamen Vortheil auf Kosten der ausserhalb des Cartells stehenden Personen verfolgt. Dann aber in jenen Fällen, in welchen dennoch einer der Vertragsgenossen Ursache zur Anfechtung des Cartells haben sollte, die Gepflogenheit, dass sich die Mitglieder hinsichtlich der Streitigkeiten aus solchen Verträgen schon im Vertrage selbst einem Schiedsgerichte unterwerfen, zugleich auf jede Beschwerdeführung gegen den Schiedsspruch verzichten und auf diese Weise die staatliche Gerichtsbarkeit für solche Streitigkeiten ausschliessen.

Nun könnte freilich nach beiden Richtungen hin unschwer Abhilfe geschaffen werden. In letzterer Beziehung hat die neue, noch nicht in Wirksamkeit getretene österreichische Civilprocessgesetzgebung den Weg der Abhilfe in radikaler Weise betreten. Diess

ist nicht so sehr durch den bereits in Wirksamkeit stehenden Art. 30 des Einführungsgesetzes zur Executionsordnung vom 27. Mai 1896 R. G. B. No. 78 geschehen, laut dessen in meritaler Übereinstimmung mit dem gleichfalls schon in Kraft getretenen Art. 23 Z. 1 des Einführungsgesetzes zur Civilprocessordnung v. 1. Aug. 1895 R. G. B. No. 112 die auf Grund eines Schiedsspruches bewilligte Execution eingestellt, beziehungsweise der Schiedsvertrag als ungiltig angefochten werden kann, wenn der Verpflichtete den Schiedsvertrag mit Rücksicht auf die von Mitgliedern eines Unternehmerverbandes (Cartell) getroffene Vereinbarung eingegangen ist, wonach für seine gewerbliche Production erforderliche Stoffe, Werkzeuge oder sonstige Hilfsmittel im inländischen Verkehre nur unter der Bedingung veräussert werden sollen, dass sich der Käufer in Ansehung der aus dem Geschäfte entspringenden Streitigkeiten dem Spruche eines Schiedsgerichtes unterwerfe — denn diess ist nur eine ganz specielle, offenbar durch gewisse praktisch vorgekommene Übergriffe eines Cartells hervorgerufene und gewiss auch ganz gerechtfertigte Bestimmung. Von ungleich grösserer Wichtigkeit ist aber die Vorschrift des §. 595 Z. 6 der Civilprocessordnung, welche in Betreff der Börseschiedsgerichte in Gemässheit des Art. 25 des Einführungsgesetzes sogar bereits in Wirksamkeit getreten ist, wonach ein Schiedsspruch ganz allgemein wirkungslos ist und als solcher angefochten werden kann, wenn er gegen zwingende Rechtsvorschriften verstösst. Ihre sachgemässe Ergänzung findet diese Vorschrift in §. 598, welchem gemäss auf die Anwendung der Bestim-

mungen des §. 595 von den Parteien weder im Schiedsvertrage, noch im Wege einer anderen Vereinbarung verzichtet werden kann. Nachdem nun zu den zwingenden Rechtsvorschriften unzweifelhaft die Vorschrift des §. 878 des bürgerlichen Gesetzbuches, wonach alles was unerlaubt ist, kein Gegenstand eines giltigen Vertrages werden kann, sowie der §. 4 des Gesetzes v. 7. April 1870 gehören, so folgt daraus unmittelbar die Anfechtbarkeit der zur Verwirklichung cartellmässiger Verpflichtungen ergangenen Schiedssprüche, sofern sich die betreffenden Cartellverträge im Sinne der berufenen Gesetze als unerlaubt darstellen. Damit ist das zweite der angeführten Hindernisse wohl gründlich beseitigt und es bleibt nur abzuwarten, ob auch andere Gesetzgebungen das Beispiel der österreichischen Civilprozessordnung befolgen werden.

In ersterer Hinsicht aber müsste man sich mit dem Gedanken befreunden, die Berechtigung zur civilrechtlichen Anfechtung eines solchen dem gemeinen Besten schädlichen Cartells nicht bloss den Mitgliedern desselben vorzubehalten, sondern auch dritte Personen, etwa nach Analogie der römisch-rechtlichen *actiones populares*, oder unseren heutigen Anschauungen entsprechender, ein öffentliches Organ hiezu zu ermächtigen. Aus der bereits wiederholt angeführten Darstellung Ernst von Halle's[1]) ist zu entnehmen, dass dieser Vorgang nach beiden Richtungen in den Vereinigten Staaten Amerikas etwas regelmässig Vorkommendes ist. Eine dritte Person, welche sich durch das Cartell als benachtheiligt erachtet, oder der *attorney general*

[1]) v. Halle a. a. O. S. *115.

eines Staates als öffentlicher Ankläger treten klagbar mit dem Begehren auf, dass die betreffende Vereinigung von dem Gerichte als ungesetzlich erklärt und unter Strafandrohung zur Auflösung verhalten werde. Gewiss wird nur bei der Anregung einer Nachahmung dieses Gedankens jeden in der Schule unseres continentalen Civilprocesses erzogenen Juristen ein leiser Schauder befallen, aber endlich kann man es doch eigentlich nicht als ungereimt ansehen, wenn gegenüber einem Vertrag, welchen als gegen die öffentliche Ordnung, gegen die *public policy*, verstossend, das Civilrecht selbst als ungiltig erklärt, auch ein öffentliches Organ zur Erhebung der durch das öffentliche Interesse als notwendig erkannten Anfechtungsklage berechtigt erklärt wird. Vom Standpunkte des unbefangenen Beobachters muss eher der Mangel eines solchen öffentlichen Anfechtungsorganes als ungereimt erachtet werden. Auf diesem Wege könnte aber gewiss auch das erste der angeführten Hindernisse ohne besondere Schwierigkeit überwunden werden.

Dennoch aber dürfte, selbst wenn in der angegebenen Weise vorgegangen wird, auf dem Gebiete des Civilrechts durch die Thätigkeit der Civilgerichte kaum das erwünschte Resultat zu erreichen sein. Freilich bedarf es — und das ist eine grosse Erleichterung — bei der Bekämpfung der Übelstände der Cartelle auf privatrechtlichem Gebiete nicht der Formulirung besonderer Thatbestände, was auf dem Gebiete des Strafrechtes sich als ein kaum zu überwindendes Hinderniss herausgestellt hat. Die Judicatur der Civilgerichte vollzieht sich auch hier, gerade wie gegenüber den im

vorigen Abschnitte besprochenen Concurrenzclauseln, von Fall zu Fall durch Subsumirung der jeweils vorliegenden concreten Verhältnisse unter die allgemeinen Gesichtspunkte der Unerlaubtheit, der Verletzung der guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung (beziehungsweise der *public policy*). Aber die thatsächlichen Voraussetzungen sind in den beiden Kategorien von Fällen grundverschieden. Während es sich bei dem Erkenntnisse über den Rechtsbestand einer gewöhnlichen Concurrenzclausel um die Abwägung von leicht übersehbaren Privatinteressen einzelner Rechtssubjecte und um deren Beurtheilung vom Standpunkte der Sittlichkeit und der staatlichen Ordnung handelt, kommen hier die allerschwierigsten und complicirtesten Verhältnisse der Volkswirthschaft und die Verträglichkeit grosser wirthschaftlicher Organisationen mit der bestehenden wirthschaftlichen Ordnung in Betracht. Die Anwendung der mehrerwähnten civilrechtlichen Vorschriften über die Ungiltigkeit von Verträgen auf volkswirthschaftliche Fragen von solcher Bedeutung ist mit grossen Schwierigkeiten verbunden und man darf wohl mit Grund annehmen, dass der Apparat des Civilprocesses, Civilgerichte und Advocaten, kaum als das richtige Organ zur Lösung ihm so ferne liegender, eminent volkswirthschaftlicher Fragen sich erweisen würde.

Diese Erwägung führt von selbst auf den möglichen dritten Weg zur Bekämpfung der Missstände der Cartelle und dieser befindet sich auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes.

In seinem bereits mehrfach citirten Gutachten hat Menzel auf diesen Weg hingewiesen und denselben

unter Beifügung einiger näherer Durchführungsmodalitäten empfohlen[1]). Er macht vor Allem mit Recht darauf aufmerksam, dass die erste Voraussetzung einer verwaltungsrechtlichen Regelung der Cartelle darin bestehe, dass die Staatsverwaltung zur Kenntniss der bestehenden Unternehmerverbände gelangt und dass deshalb, wenn auch von einer obligatorischen Publication aller Cartellverbindungen vorerst abgesehen werden könnte, doch zum Mindesten alle Unternehmer, welche solche Verbindungen eingehen oder fortsetzen, zu verpflichten wären, auf Verlangen der Staatsverwaltung über alle entscheidenden Thatsachen bestimmten amtlichen Organen wahrheitsgetreue Auskunft zu geben, wobei die Verweigerung der Aussage und die Erstattung unrichtiger Angaben mit Strafe zu bedrohen wäre.

An diese erste Voraussetzung einer verwaltungsrechtlichen Regelung des Cartellwesens aber müsste sich, wenn dieser Weg überhaupt mit einiger Aussicht auf Erfolg betreten werden soll, meines Erachtens eine zweite reihen, nämlich — analog den richterlichen Befugnissen bei der Entscheidung über unerlaubte Verträge — das Recht der Staatsverwaltung zur gänzlichen oder theilweisen Annullirung jedes einzelnen Cartells, in welcher Form immer dasselbe bestehen möge, ob als einfache Verabredung, als förmliche Gesellschaft oder als Corporation, und zu dem entsprechenden Verbote des ferneren Bestandes desselben, — beziehungsweise die Berechtigung der Staatsverwaltung unter der Sanction sonstiger Annullirung bestimmte Abänderungen

[1]) Menzel a. a. O. S. 43 ff.

der Cartellvereinbarungen im öffentlichen Interesse zu begehren.

Andere weniger weit reichende Mittel auf diesem Gebiete, wie z. B. die Befugniss der Staatsverwaltung zur Publication des Inhaltes eines Cartells oder die Vorschrift, dass Cartelle — namentlich, wie Menzel meint, organisirte Cartelle, wobei ich befürchte, dass die Unterscheidung zwischen organisirten und nicht organisirten Cartellen eine recht schwierige und willkürliche sein werde — genöthigt seien, sich als förmliche Vereine, also als Corporationen zu constituiren, scheinen mir weniger praktischen Erfolg zu versprechen, zumal die Scheu vor der Öffentlichkeit seitens cartellirter Unternehmer, wie die betreffenden Zeitungsnotizen über die einzelnen Cartelle zeigen, von Tag zu Tag geringer wird, und auch nicht organisirte Cartelle, wie z. B. die auf grossen Märkten in Betreff nothwendiger Lebensmittel häufig vorkommenden Cartelle sehr lange dauern und sehr bedenkliche Folgen nach sich ziehen können.

Auch die Einführung des Concessionszwanges für Cartelle oder eines Anmeldezwanges bei Gründung derselben in Verbindung mit einem an eine bestimmte Frist gebundenen Untersagungsrechte der Regierung scheinen wenig empfehlenswerth, einerseits weil es, wie schon früher bemerkt, sehr schwierig ist, den Begriff eines Cartelles mit derartiger Bestimmtheit festzustellen, dass im einzelnen Falle von Vornherein klar ist, ob eine gewisse Vereinbarung als Cartell der Concessionirung bedürfe oder anzumelden sei und befürchtet werden müsste, dass die Regierung mit einer Menge

von Verabredungen befasst werden würde, welche gar nicht als Cartelle anzusehen sind oder doch als solche gar keine irgendwie in Betracht kommende volkswirthschaftliche Bedeutung besitzen, wozu noch der Umstand kommt, dass speciell der Concessionszwang auf diesem Gebiete durch die mit demselben nothwendig verbundenen Verzögerungen die freie Bewegung der Unternehmer sehr behindern müsste — andererseits aber im Hinblicke darauf, dass die Folgen eines Cartells für den Verkehr und die freie Concurrenz sich sofort bei der Gründung desselben durchaus nicht immer auch nur annähernd voraussehen lassen, dieselben auch durch Änderung der Productions-, Verkehrs- oder Consumtionsverhältnisse während des Bestandes des Cartells eine vollkommene Umwandlung erleiden können, so dass durch den Bestand des Concessions- oder Anmeldungszwanges für sich allein auch gar keine Garantie für die Abwehr der mit dem Cartellwesen verbundenen Übelstände gegeben wäre.

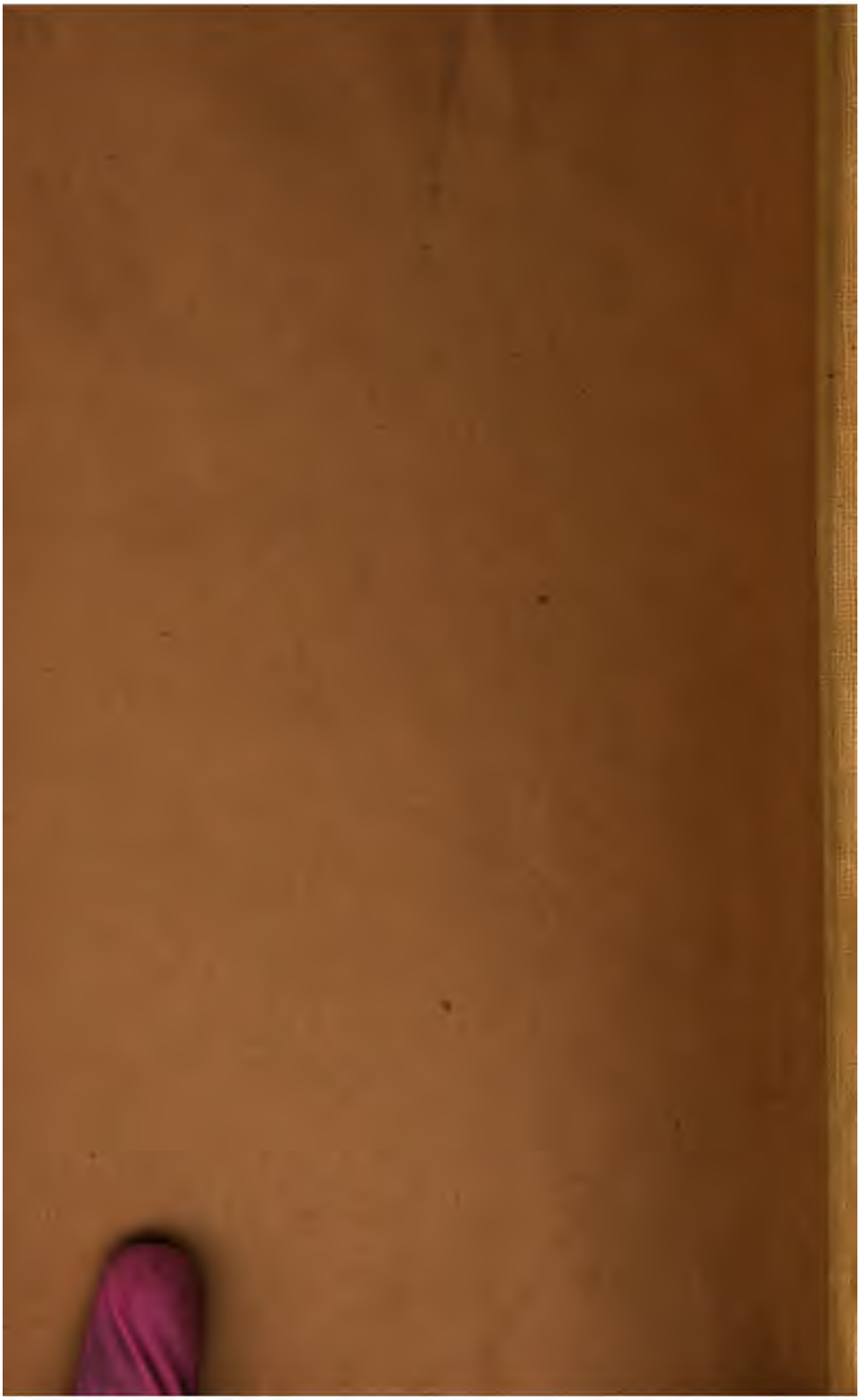
Von grosser Wichtigkeit wäre selbstverständlich die Frage, welcher Behörde die Ausübung des früher erwähnten Annullirungs- beziehungsweise Verbotsrechtes übertragen werden könnte. Ich habe an anderer Stelle bereits darauf hingewiesen,[1]) dass es bei vorliegender Unmöglichkeit für berufliche Neuorganisationen, als welche sich ja die Cartelle darstellen, ausreichende Normativbestimmungen im Wege der Gesetzgebung aufzustellen, erforderlich werden könne, einer hohen, mit allen Mitteln zu genauester Information auszustattenden unabhängigen staatlichen Behörde die Entscheidung

[1]) Steinbach a. a. O. S. 52.

über die Zulässigkeit gewisser Gattungen dieser Neuorganisationen zu übertragen. Ich dachte bei diesem Satze insbesondere an die Cartelle. Vielleicht wäre es rathsam, eine solche Behörde nach Art eines Gerichtshofes zusammenzusetzen oder einen hohen Gerichtshof unter Beiziehung sachverständiger Beisitzer mit diesen Funktionen zu betrauen, und das Verfahren vor dieser Behörde contradiktorisch zu gestalten, in welchem Falle die Antragstellung und die Vertretung des allgemeinen Interesses einem besonderen Organe, einer Art von Cartellstaatsanwalt zu übertragen wäre, welcher dann auch mit der Ausübung des früher erwähnten staatlichen Rechtes zur Abforderung von Auskünften beauftragt werden könnte. Der Apparat wäre nicht zu gross und zu umständlich in einer Frage, von der die Gestaltung der volkswirthschaftlichen Organisation in naher Zukunft zum sehr grossen Theile abhängen dürfte. Deshalb aber wäre es meines Erachtens auch nicht richtig, hier von „Zukunftsjurisprudenz" zu sprechen und ich könnte mich dem gegenüber nur wieder darauf berufen, was ich bereits an anderer Stelle in dieser Beziehung einmal bemerkt habe,[1]) dass ich nämlich in der Erörternng solcher Fragen die eigentliche „Gegenwartsjurisprudenz" erblicken zu müssen glaube, dass aber freilich solchen Juristen, welche sich auch jetzt noch darin gefallen, nur in der Vergangenheit zu leben und „Vergangenheitsjurisprudenz" zu treiben, die unbekannte Gegenwart stets als Zukunft erscheinen muss.

---

[1]) Steinbach, Die Stellung der Versicherung im Privatrechte, Wien 1883.

Hiemit glaube ich meine Erörterungen schliessen zu dürfen. Dieselben hatten von vornherein nur den Zweck der Beschäftigung mit dem gegenwärtigen Rechte und seiner voraussichtlichen weiteren Entwicklung. Die Formen der wirthschaftlichen Organisation in der Vergangenheit, das Lehenswesen, die bäuerlichen Organisationen, das Zunftwesen, auf welches letztere ich übrigens vorübergehend Bezug zu nehmen hatte, blieben grundsätzlich von der Erörterung ausgeschlossen, wenngleich es von grossem Interesse wäre, den Massstab der heutigen Rechtsbegriffe an Institutionen zu legen, welche in früheren Jahrhunderten die Grundlagen der ganzen volkswirthschaftlichen Organisation gebildet haben, in einer Zeit, in welcher jede im weiteren Sinne productive Thätigkeit, sei es des Lehr-, Wehr- oder Nährstandes als ein Amt aufgefasst wurde, welche die Pflicht des Berufs weit vor das Recht des Erwerbes stellte und deren Recht wohl auch aus diesem Grunde so sehr der Berechtigung des Capitalzinses widerstrebte. Hierauf bezügliche Erörterungen hätten mich jedoch weit über das mir selbst gesteckte Ziel hinaus geführt. Meine Arbeit war lediglich auf die wirthschaftlichen Organisationen der Gegenwart und namentlich darauf gerichtet, zu untersuchen, welche Rechtsgeschäfte denselben zu Grunde liegen und worin die Besonderheiten dieser Rechtsgeschäfte bestehen.

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.